

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

La Fondation libre

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Samedi 18 Mars 1911, à 3 heures 1/2.

PAR

Marcel PLAISANT

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

SECRÉTAIRE DE LA CONFÉRENCE DES AVOCATS

Président : M. A. TISSIER.

Suffragants { MM. SALEILLES, *Professeur*,
GEOUFFRE DE LAPRADELLE, *Agrégé*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULLIER, 13

—
1911



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être
considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

La Fondation libre

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Samedi 18 Mars 1911, à 3 heures 1/2.

PAR

Marcel PLAISANT

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

SECRÉTAIRE DE LA CONFÉRENCE DES AVOCATS



Président : M. A. TISSIER.

Suffragants { MM. SALEILLES, *Professeur*,
 GEOUFFRE DE LAPRADELLE, *Agrégé*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULLIER, 13

1911

LA FONDATION LIBRE

INTRODUCTION

Cette étude sera une plaidoirie pour la fondation. La fondation est, aujourd'hui, une personne fort mal traitée. Elle eut autrefois, à l'époque médiévale, une jeunesse heureuse et libre ; mais depuis l'avènement et le triomphe du dogme étatiste, elle passe une vie mouvementée, à traverser les rêts des ordonnances et des lois ; la société moderne a oublié de lui donner un état-civil, et depuis une trentaine d'années elle a soutenu beaucoup de procès devant bien des juridictions ; on a songé aussi à réviser ses titres ; ses protecteurs s'y employèrent avec zèle, mais peut-être ont-ils rappelé imprudemment à ses ennemis l'existence d'une ancienne victime qu'ils croyaient morte ou somnolente ; si bien qu'à cette heure la fondation, à l'image de ces fonctionnaires auxquels on voudrait absolument donner un statut, fera mieux de se méfier de toute loi constitutive que les réformateurs pourraient lui promettre.

Sa cause n'est pas très bonne devant le Parlement :

on n'aime pas les initiatives sociales qui n'ont point leur source dans l'Etat. Aussi conseillerons-nous modestement à la fondation de continuer sa fidélité au patronage de la jurisprudence : elle y a déjà souvent trouvé un refuge confortable : peut-être ces essais législatifs que l'on voudrait tenter en sa faveur, auront-ils au moins le résultat auprès de nos Cours et Tribunaux, d'agrandir encore le logis de fortune qu'ils constituèrent depuis un siècle pour un vieille et bonne institution.

C'est donc dans notre droit privé et en considération de sa part prépondérante laissée à l'autonomie de la volonté, que nous voulons situer la fondation ; c'est par conséquent dans un esprit individualiste, celui qui présida en définitive à la confection du Code civil, que nous voulons étudier cette œuvre au but, pourtant altruiste. Guidé par cette tendance, nous allons voir d'abord où nous conduit la thèse de l'autorité ; nous tenterons de la refuter ; puis nous examinerons le système de la liberté dans ses sources métaphysiques, avec ses conséquences juridiques, quant à la personne morale, quant aux droits des tiers et de l'Etat ; enfin nous voudrions poursuivre jusqu'au dernier horizon qu'elles nous laissent entrevoir les indications de la jurisprudence vers la fondation directe.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

ANALYSE DE LA FONDATION

Il nous est impossible au début de ce travail de donner une définition. Définir, c'est ainsi que l'étymologie le révèle, chercher la fin d'une idée ou d'une notion quelconque, la réduire en une formule en lui assignant des limites; or, nous ne pouvons logiquement découvrir les bornes d'un champ avant d'en avoir parcouru l'étendue. Notre définition ne peut être que dans notre conclusion.

Toutefois il nous est indispensable pour l'ordre de nos développements d'avoir une compréhension générale de la fondation. Nous allons donc chercher à en donner une analyse, non pas selon les règles de la technique juridique, mais d'après les données les plus simples fournies par l'observation des faits. Regardons, examinons une fondation en plein fonctionnement, en pleine vie à l'intérieur de la société. Le premier phénomène apparent qui nous frappe, c'est l'œuvre qu'elle accomplit, œuvre sociale dans la plupart des cas. Nous remarquons quelque chose de plus; l'œuvre est parmi ces entreprises auxquelles nous voyons tous

les jours et en même temps présider l'Etat, ses subdivisions ou les établissements qui en dépendent. Prenons la fondation Thiers par exemple : elle a pour but d'aider dans leurs études d'enseignement supérieur des jeunes gens de fortune modeste. Mais voilà une besogne qui pourrait aussi bien être celle de l'Etat, qui l'est même dans une certaine mesure.

L'Etat, en effet, affecte des crédits à de mêmes œuvres, la ville de Paris y concourt également de façon différente. Quoi qu'il en soit, la fondation Thiers accomplit un service public. Elle fait concurrence à l'Etat dans son rôle d'assistance à l'élite. Et c'est là ce caractère principal de satisfaction d'un besoin d'intérêt public que nous rencontrons dans la plupart des fondations. Hôpitaux, refuges, écoles, crèches, académies libres, établissements d'assistance et de prévoyance ont la même vocation que des organes similaires de l'Etat. Certaines fondations paraissent pourtant échapper à cette règle, telles les fondations de messes et les bourses de famille. Mais à bien y voir, si la fondation de messe doit procurer une satisfaction idéale à son auteur, elle aura aussi pour résultat immédiat d'enrichir de ses revenus un groupe et une collectivité de personnes représentant l'Eglise et remplissant à ce titre, aux yeux du fondateur, un service d'intérêt public (1). Les fondations de bourses de

(1) Voir le motif liturgique donné par M. Saleilles dans son livre *De la personnalité juridique*, 1910, XII^e leçon, p. 276. « Etant donné

famille, par le nombre indéterminé sous sa désignation abstraite des personnes qui peuvent y être appelées, constituent bien aussi une sorte de prévoyance publique, mais à intérêt réduit et spécialisé.

Ainsi la face extérieure des fondations est bien examinée : ce sont des machines privées qui travaillent dans le milieu social, parallèlement aux machines publiques.

Mais d'où leur vient l'énergie à ces machines ? Cherchons-en la source. Elle est toute entière dans un patrimoine privé frappé d'une affectation perpétuelle. Un homme a distrait une masse de ses biens et l'a dirigée vers un but collectif ; sa volonté matérialisée vit et s'agit par la fondation. Ainsi l'idée, la perpétuité, la force, le moyen dans la valeur réelle, le tout a pour origine une volonté humaine qui se prolonge indéfiniment dans le temps.

De ces deux éléments bien discernés dans la fondation, d'une part le rôle externe de service public, d'autre part la source interne dans une énergie privée, quel est le prédominant, quel est celui auquel on doit reconnaître dans l'institution la plus haute part, englobant tout le reste, pour attribuer à l'ensemble

le dogme catholique de la communion des saints, dogme qu'il faut supposer accepté par ceux qui font une fondation de ce genre, les bénéfices spirituels qui doivent en résulter, profiteront forcément à une collectivité que l'on serait incapable sans doute de déterminer, mais pour laquelle on s'en remet à Dieu ».

les règles avec leurs déductions et le mode juridique auquel se rattache ce principe prépondérant ?

Sans aucun doute ce qu'il y a de plus important dans la fondation, c'est son origine dans la volonté de l'homme. Le service public rendu est un avantage social, un phénomène qui peut être produit par d'autres causes ; il n'apparaît que comme un résultat, un effet d'un acte supérieur. La volonté de l'homme dans la fondation, c'est, au contraire, le principe, la force créatrice qui était absolument libre de sa manifestation. De par sa fantaisie dans le désir généreux, le fondateur pouvait exécuter ou ne pas exécuter son intention libérale. Et c'est là ce que semblent oublier trop souvent certains théoriciens absolus qui jettent, siôt son entrée dans la vie, la lance quiritaire de l'Etat sur toute fondation, sous prétexte que, dès qu'il y a collaboration dans une même œuvre, il devra y avoir aggrégation, puis absorption de l'organe. La fondation, certes, est une bonne fortune pour la collectivité, mais elle émane d'un heureux caprice auquel nous devons tout d'abord le respect.

TITRE I

LA THÈSE DE L'AUTORITÉ

CHAPITRE PREMIER

HOSTILITÉ CONTRE LA FONDATION

Il existe une thèse de l'autorité contre les fondations ; nous entendons par là une position de principe, s'appuyant sur certaines idées politiques et économiques, qui se traduit par une tendance hostile, soit dans les constructions législatives à la base de l'institution des fondations, soit dans les procédés juridiques qui en assurent la vie. On a déjà senti pourquoi l'Etat pouvait être intéressé à chercher une règle, à prendre une attitude dans la question des fondations ; on devine où certains voudront le conduire. L'Etat ignorait autrefois la fondation ; c'est parce qu'il employait toute sa force à maintenir la cohésion dans son propre organisme encore embryonnaire ; il laissait croître autour de lui une riche floraison de puissances sociales auxiliaires ; aujourd'hui il est trop fort ; son corps

propre jouit de toute la vitalité désirable ; il est obligé de dépenser son énergie superflue à l'extérieur ; parfois il la gaspille, le plus souvent il nous gêne.

SECTION I. — **Les critiques d'ordre économique.**

Les critiques les plus vives remontent au XVIII^e siècle, la grande époque de la renaissance économique et il semble bien que leur âge, joint à la prestigieuse autorité de Turgot, leur ait donné une certaine immunité qui les protège jusqu'à notre temps (1). La fondation suppose et supposait surtout, l'assignation d'un fonds à perpétuelle demeure pour l'accomplissement de son but. Une valeur sera donc figée pour toujours dans le patrimoine d'une personne éternelle : la règle commune des choses c'est le mouvement, la circulation, la vie ; le progrès ne saurait consister que dans l'augmentation de la rapidité ou du volume dans le débit du courant économique ; c'est d'abord une loi universelle de la dynamique ; on professe aussi volontiers que le grand nombre des mutations implique la recherche d'un avantage supérieur dans l'échange de la part des deux contractants, et doit donc aboutir, en traversant cette filière des acquéreurs successifs, à un rapprochement nécessaire de l'exploitation idéale : c'est l'appel de la terre vers le maître meilleur. La

(1) Turgot, V^e Fondation dans l'*Encyclopédie*.

fondation résiste à cette loi : elle évite les transports ; elle ignore les changements ; c'est la torpeur économique ; les biens restent immobilisés, avec un rendement modeste pourvu qu'il soit suffisant, entre les mêmes mains rapidement alourdies en des méthodes routinières.

Mais il y a plus : la fondation représente une idée ; elle a une grande force d'expansion, nous pourrions presque dire d'aspiration : des donations nouvelles de plus en plus nombreuses s'ajoutent sans cesse à une première libéralité ; son domaine s'étend vite et un sommeil nocif va envahir dans les siècles un champ toujours plus vaste. La fondation est une institution surannée : elle est nuisible.

Les fondateurs croient en maintes occasions accomplir une œuvre charitable, soulager des misères humaines. Erreur ! les bénéficiaires se créent spontanément en vue du bénéfice : venir en aide aux pauvres, c'est soudoyer l'oisiveté (1). On aboutit à la formation d'innombrables catégories d'individus apanagés qui vivent des erreurs des morts. La fondation est une institution fautive dans son mobile : elle est dangereuse.

Enfin on a vu pire : il y a des besoins qui disparaissent, des maux qu'on a guéri à jamais. Mais la fonda-

(1) Après Turgot, les membres des *Carities commissions* d'Angleterre l'assurent gravement dans leur rapport : *Parliamentary Papers*, 70, XXVII, 18 ; — Voir Escarra ; *Les Fondations en Angleterre*. Thèse Paris, 1907.

tion perpétuelle de sa nature, le regard éternellement tourné vers le passé, conserve toujours le même objet ; elle est justement originale par son immutabilité ; on cite celles qui furent instituées en vue des expéditions en Terre sainte, contre les fléaux du Moyen-Age comme les léproseries, au profit de certaines industries révolutionnées par le machinisme. La désaffectation paraît une opération difficile, le maintien une absurdité. La fondation est une institution viciée dans son principe : elle est impraticable.

SECTION II. — **Les critiques d'ordre politique.**

La société fait une grande consommation d'idées ; l'esprit humain occupe tous ses efforts à renouveler ses réserves, puis à poursuivre l'œuvre d'accommodation de ses acquisitions dernières : les hommes d'action ne veulent connaître que l'avenir dans la pensée. Pour eux, la fondation est un peu un fantôme : en tous les cas c'est une voix fâcheuse de la tradition. Grâce à elle survivent des institutions religieuses, des systèmes d'éducation, des disciplines morales périmées opposant la résistance du patrimoine qui les entretient aux assauts d'une civilisation moderne. Les fondateurs sont plus puissants que les morts qui parlent, ce sont des morts qui agissent.

Sa physionomie idéale particulière joint à son caractère économique en antinomie avec le reste des choses

donnent à la fondation, le rang d'une grande force politique. Par la mainmorte elle domine le temporel, par l'idée qu'elle incarne elle affecte le spirituel : elle est rivale de l'Etat dans son rôle externe.

On ajoute encore que ces œuvres d'intérêt social créées par l'individu absorbent un patrimoine qui normalement devrait revenir à la famille, aux héritiers naturels. Ceux-ci sont dépouillés au profit d'une collectivité diffuse et lorsqu'on veut scruter les mobiles qui font agir les fondateurs, on a bientôt fait de leur appliquer la morale de la Rochefoucault, en déclarant que ce dernier geste de la générosité du défunt révèle le péché toujours latent de la vanité de l'homme (1).

L'Histoire a d'ailleurs accusé par des actes toutes ces tendances (2).

Il ne saurait nous appartenir de retracer les diverses phases de l'évolution d'une institution qui a sou-

(1) Montaigne jugeait déjà avec défaveur les dispositions des mourants : « La crainte, le désir, l'espérance, nous eslançant vers l'avenir et nous dérobent le sentiment et la considération de ce qui est pour nous amuser à ce qui sera, voire quand nous ne serons plus. *Calamitosus est animus futuri anxius*. Il s'élève plus loin contre cette idée : « Qu'il estoit reçu de tout temps d'estendre le soing de nous au delà de cette vie, mais encore de croire que bien souvent les faveurs celestes nous accompagnent au tombeau et continuent à nos reliques », et il termine le chapitre en disant qu'il n'a guère vu de vanité si persévérante. *Essais*, l. I, ch. III.

(2) Sur l'histoire des fondations voir l'ouvrage très complet de l'abbé Fénélon, *Fondations et Etablissements ecclésiastiques*. Thèse Paris, 1902.

vent dû emprunter des formes bizarres, des travestis peu pratiques pour échapper à l'étreinte du pouvoir. Remarquons seulement l'intime connexité entre les fondations et le droit de l'association et constatons aussi que leur vitalité fut le plus souvent en raison inverse de celle de l'Etat.

Toutefois, sous l'autorité omnipotente de l'orbe romaine, les fondations dites alimentaires se révèlent avec un caractère assez libéral à l'époque de Trajan (1). Brinz croit même y voir le premier germe d'un acte unilatéral, créateur d'un être distinct (2). Sans qu'il soit possible, comme paraît le désirer l'auteur allemand, d'établir un rapport de filiation entre la fondation romaine et la *Stiftung* de nos voisins, on peut cependant reconnaître une certaine autonomie juridique et patrimoniale aux fondations de bienfaisance du Bas-Empire (3). L'Eglise, qui tirait ses meilleures ressources des libéralités, devait beaucoup aider au développement des fondations. C'est au Moyen-Age, époque de la plus riche expansion des œuvres d'initiative corporative, que nous verrons la fondation prendre l'allure la plus libre, la plus originale qu'elle devait jamais connaître : envisagée comme procédé juridique, elle se

(1) Voir Tables de Rebéia et de Veleia. Textes Girard, p. 751.

(2) *Alimenteus stiftungen der römischen Kaiser* dans les Sitzungsberichte der philosophisch, philologischen und historischen der K. b. Akademie der Wissenschaften zu München, 1887, II, 209.

(3) Voir *Mélanges Fadda* (Naples, 1906). Stanislas Iugia : *Piae causae* et *Mélanges Gérardin*. Saleilles, *Piae Causae*, p. 513.

dégage de l'ancienne enveloppe du don ou legs pour devenir un contrat distinct. C'est un acte de commandement, un ordre. Les testaments laissent voir dans leurs termes impératifs la source d'une volonté unilatérale énergétique qui suffirait à engendrer l'œuvre comme une personne future. Nous voyons dans le testament de la comtesse Mahaut d'Arras, du 15 août 1318 : « *Volo et ordino quod unum hospitale fiat.... Cui hospitali lego* ». — Dans un autre testament du 18 juin 1400, on rencontre de même : « A volu et veult l'idit Jean fonder et estorer, fonde et estore ung hopital en une maison ; veult et ordonne que audict hopital ayt perpétuellement. . . . » (1). La création et la dotation sont confondues ; on se passe d'intermédiaire ; c'est le legs direct.

D'autre part, au point de vue politique, il est très important de remarquer qu'à cette époque la fondation se constituait sans l'intervention du prince.

Ainsi, soit en droit privé pour sa valeur technique, soit en droit public pour son indépendance, on serait presque tenté de dire que la fondation a réalisé à la fin du Moyen-Age l'état parfait vers lequel tendent aujourd'hui nos aspirations les plus progressistes.

Les légistes exhument bientôt les textes romains relatifs aux corps et aux collegia pour ramener la

(1) Brassart. *Notes historiques sur les hôpitaux et établissements de la ville de Douai*, Douai, 1845.

fondation sous la servitude du pouvoir royal. Ce sont ces jurisconsultes astucieux, qui avaient su briser l'autorité des justices seigneuriales et des Officialités par la procédure des cas royaux, qui vont invoquer insidieusement le respect scrupuleux dû aux volontés du fondateur pour faire admettre l'usage des lettres de *committimus* et bientôt d'une façon générale la collaboration du souverain dans tout acte fondatif (1). En réalité ce n'est là qu'un prétexte destiné à ouvrir la voie au système de l'autorisation obligatoire. A travers les différentes étapes législatives marquées par les édits de 1639 et de 1666, où l'on ne voit extérieurement que des mesures prohibitives à l'égard des collèges et des communautés, on sent néanmoins une méfiance grandissante à l'égard de la fondation (2). Elle apparaît comme un refuge de l'Association pour échapper à la sévérité des édits ; on la poursuit comme un procédé détourné et on la redoute pour elle-même.

L'édit de 1749 affirme ouvertement par les dispositions les plus restrictives les craintes de l'Etat et lui donne contre tous les modes de la fondation une arme puissante (3). A la lecture du préambule, malgré la

(1) Pour les détails de cette lutte voir Geouffre de Lapradelle : *Théorie et pratique des fondations perpétuelles*, p. 60 ; — Thèse Paris, 1894, œuvre capitale en la matière.

(2) Voir notamment le préambule de l'Edit de 1666, Isambert, XVIII, 94.

(3) Préambule de l'Edit de d'Aguesseau de 1749. Isambert, XXII, 226.

protestation liminaire élevée au nom du droit des familles, on aperçoit bien le véritable motif de l'édit dans le désir de combattre « les gens de mainmorte » : le chancelier d'Aguesseau ne fait œuvre de protection civile qu'en façade : au fond, il prend des précautions politiques. Les fondations testamentaires sont complètement supprimées et défendues pour l'avenir ; les fondations par acte entre vifs sont soumises à l'autorisation préalable par lettres patentes ; les fondations qui ne tendraient pas à l'établissement d'un nouveau corps doivent être homologuées par les Parlements.

L'ancien régime se clot par un acte d'hostilité violente à l'égard des établissements de tout ordre. Les motifs économiques, les raisons politiques ont conspiré, à une époque où l'Etat est arrivé à l'apogée de sa toute puissance, pour jeter la fondation sous la mainmise absolue.

CHAPITRE II

LA TRADUCTION JURIDIQUE DE L'HOSTILITÉ CONTRE LA FONDATION

De la période intermédiaire va sortir le culte aveugle pour la puissance publique renouvelée dans son principe et rajeunie dans son mécanisme. Il est à remarquer, en effet, que si le courant philosophique et littéraire du xviii^e siècle, lancé avec tant de fureur contre la royauté, avait raviné les instructions dans leurs vices jusqu'à l'écroulement et largement étalé les fautes des hommes, on peut dire qu'il contourna néanmoins le dogme étatiste, le seul qui demeura intangible au milieu de cet effondrement général, respecté comme une île isolée dans la tourmente révolutionnaire, enrichie elle-même d'alluvions nouvelles sous la vague jacobine, et baignée par des eaux favorables sous un besoin pressant d'unité nationale. Les hommes de la Révolution, dans leur foi de constructeurs, avaient annexé tous les services sociaux au pouvoir public restauré et muni d'une compétence universelle. L'art 25 de la loi du 6 mai 1791 abolit les fondations : la loi du 23 messidor an II dépouille les

hôpitaux de leurs dotations (1). Les orateurs de la Constituante proclament cette idée que les fondations appartiennent à l'Etat : dès le 8 août 1789, Alexandre de Lameth disait à la tribune : « Lorsqu'on fait une fondation, c'est la nation qu'on a doté. » La nation seule avait la prétention de satisfaire à toutes les obligations d'assistance. On dut reconnaître après la Convention qu'il était impossible de faire face à ces charges accumulées. — Mais si les articles organiques et le Concordat laissaient une certaine liberté aux fabriques, sans préciser leur vocation, il n'y eut jamais plus de législation spéciale aux fondations (2). On pouvait croire l'institution oubliée ou devenue inutile. Le Code civil n'en parle pas : le silence de la loi laissait le champ libre aux procédés pratiques et à la spéculation doctrinale.

(1) Lois du 18 août 1792, des 8-14 août 1793, du 11 juillet 1794, du 14 juillet 1792, du 24 août 1793. Après avoir constaté ce grand travail de défrichement social. Taine conclut ainsi : « Proclamé par l'Assemblée constituante, le principe abstrait a révélé par degrés sa vertu exterminatrice. Grâce à lui il n'y a plus en France que des individus dispersés, impuissants, éphémères : en face d'eux le corps unique et permanent qui a dévoré tous les autres, l'Etat, véritable colosse, seul debout au milieu de tous ces nains chétifs ». Taine, *Origines, La Révolution*, t. I, p. 268. Sur les fondations sous la Révolution, voir Lory : *Mode d'établissement et nature des fondations*, p. 67. Thèse Paris, 1888.

(2) Art. 15 du Concordat : « Le Gouvernement français prendra également des mesures pour que les catholiques français puissent, s'ils le veulent, faire en faveur des Eglises des fondations » et l'art. 73 des articles organiques.

Car il fallut bientôt répondre aux besoins. Les fondateurs adoptèrent le système qui est consacré aujourd'hui comme une formule courante par la jurisprudence : c'est le don ou legs *sub modo* à personne physique ou à personne morale préexistante. Sauf le cas où le fondateur organise lui-même l'établissement par acte entre vifs et demande la reconnaissance d'utilité publique au Gouvernement, la fondation doit se décomposer en deux opérations : d'abord le legs du patrimoine futur de l'œuvre à une première personne qui devient l'ayant cause directe de l'auteur ; puis la charge imposée à ce bénéficiaire de créer, suivant les règles prescrites, l'institution répondant aux vœux du défunt avec les deniers ou les fonds dont il n'est en définitive qu'un détenteur précaire. Nous avons une dotation indirecte qui ne parvient au véritable destinataire, qu'à l'aide d'un intermédiaire : la fondation dans l'état actuel n'a donc pas de moule juridique propre : pour réaliser une institution juridique indispensable, la jurisprudence a dû se contenter d'une opération oblique.

D'autre part, l'hostilité des partisans de la thèse de l'autorité contre la fondation va se traduire sur ce terrain juridique par des discussions très vives sur la correction du moyen adopté par la jurisprudence.

SECTION I. — Critique du système du legs modal à personne physique.

Le legs *sub modo* qui sert d'instrument pour arriver à la fondation est une solution boiteuse. Le légataire universel qui a la charge d'employer la totalité de son émolument pour la dotation d'une œuvre, en restant lui-même les mains vides, n'est pas un légataire sérieux. C'est un exécuteur testamentaire. La caractéristique du legs est dans l'intention bienfaisante, *l'animus donandi* à l'égard du légataire : dans notre cas, celui-ci ne doit rien retirer de la succession. Instituer ainsi un exécuteur testamentaire déguisé, c'est ruser avec la loi qui refuse la saisine des immeubles à l'exécuteur testamentaire : l'article 1026 reste inappliqué.

Le véritable bénéficiaire, le titulaire de la valeur léguée sera donc l'établissement à naître ? Mais ici apparaît tout de suite un autre obstacle dans l'article 906. La fondation future est un incapable parce qu'elle est personne non conçue à l'époque du décès du testateur.

Si nous effaçons le légataire élément intermédiaire, afin de démasquer la fondation, nous ne sommes plus en face que d'un incapable aux termes de l'article 902. Et l'article 911 déclare que le légataire dont l'intervention permettrait de faire bénéficier la personne

non conçue contrairement au vœu de la loi est une personne interposée.

On a essayé de faire une distinction entre le legs et le *modus*, pour montrer qu'il n'y avait pas dans notre cas, transmission illégale à un incapable par personne interposée mais plutôt une obligation de faire mise à la charge d'un légataire réel. Mais, M. Geouffre de Lapradelle déclare qu'ici le *modus* n'est au fond qu'un legs et, ce qui le montre le mieux, c'est qu'il porte sur la totalité de l'émolument : au surplus, examinant la lettre de l'article 906, on voit que la personne future est incapable, d'une façon générale, de recevoir « par testament ».

Mais le legs à personne physique à charge de fondation se heurte encore aux prescriptions de l'article 896 : le testateur réglant au lieu et place du légataire les conditions dans lesquelles il disposera des biens légués, le chargeant, somme toute, de conserver et de rendre, n'y a-t-il pas là une substitution prohibée ? MM. Grünebaum-Ballin et Lévy-Ullmann, entraînés par leur dialectique acharnée contre les procédés jurisprudentiels de droit privé, vont jusqu'à dire que le fondateur « fait d'avance le testament des légataires universels » en ce qui concerne les biens légués (1). Avant eux, M. Tissier,

(1) *Essai sur les Fondations par testament*, par Lévy-Ullmann et Grünebaum-Ballin, *Revue trimestrielle de droit civil*, année 1904, p. 253.

conseiller d'Etat, qui représente avec une grande autorité l'esprit administratif, avait longuement développé l'argument de l'article 896 contre la fondation par legs modal (1).

Quoi qu'il en soit, le résultat le plus certain de cette voie détournée, c'est d'éviter les fourches caudines des articles 910 et 937 du Code civil. Et c'est bien pour faire ressortir cette conclusion, que raisonnent les auteurs comme M. Geouffre de Lapradelle dans son ouvrage sur *Les fondations perpétuelles*, savante et belle construction élevée à l'honneur de la fondation de droit public et du droit prééminent de l'Etat. « Si la fondation par personne physique d'une œuvre de fait est illicite, c'est parce qu'elle prétend frauduleusement échapper à la surveillance de l'Etat » (2). MM. Lévy-Ullmann et Grünebaum-Ballin affirment la même idée avec beaucoup de force (3). Dans un récent travail où l'auteur, guidé surtout par le désir de trouver une solution pratique de droit international, recherche avec une grande finesse d'analyse ce qu'on pourrait appeler la commune formule de la fondation la plus facilement acceptable pour l'ensemble des législations internes, M. Tronquoy déclare que le plus grave reproche qu'on puisse adresser à l'emploi du

(1) Théodore Tissier, *Dons et legs* dans Bequet, *Répertoire de droit administratif*, t. XII, p. 15.

(2) Geouffre de Lapradelle, *op. cit.*, ch. III, p. 151.

(3) Lévy-Ullmann et Grünebaum-Ballin, *loc. cit.*, p. 269.

procédé jurisprudentiel c'est le but même auquel il vise et qui n'est pas autre chose que de tourner la surveillance de l'administration (1).

Au lieu de l'enveloppe fragile où se réfugient les arrêts, ces auteurs nous offrent le legs *sub modo* à personne morale préexistante, l'unique bonne formule de la fondation, d'après eux, celle qui la fait naître et vivre sous le contrôle du Gouvernement. Selon M. de Lapradelle, c'est par ce dernier procédé qu'on peut obtenir la seule fondation robuste et parfaitement correcte au point de vue juridique : le fondateur qui veut réaliser une intention généreuse ne pourra s'adresser qu'à une personne morale déjà existante, c'est-à-dire soit aux personnes publiques comme l'Etat, le département ou la commune, soit aux établissements reconnus d'utilité publique. C'est ce premier organe qui assumera la charge de créer un établissement nouveau, remplissant le vœu du fondateur, ou bien de satisfaire directement au service de la fondation qui demeure ainsi comme une dépendance de lui-même. Le problème de la personnalité morale est alors résolu ou même supprimé. En effet, si la fondation conçue par le testateur répond par son objet à la vocation de l'établissement préexistant qui recueille le legs, il n'y aura pas de personne morale nouvelle, et MM. Grönebaum-Ballin et Lévy-Ullmann déclarent avec assu-

(1) Tronquoy, *De la notion juridique internationale de la fondation*. Thèse Paris, 1908.

rance qu'il y a aujourd'hui assez d'institutions diverses pour répondre à tous les vœux possibles des personnes généreuses. Si au contraire le testateur a voulu attacher son nom à une œuvre nouvelle, c'est toujours la personne morale préexistante qui doit poursuivre ce dessein : on peut même dire que c'est elle qu'on lui impose comme cheville ouvrière pour organiser la gestion du patrimoine et l'établissement matériel de l'institution, car n'oublions pas que, suivant une jurisprudence constante du Conseil d'Etat, la reconnaissance d'utilité publique n'est accordée à un établissement naissant qu'à la condition d'avoir déjà fonctionné, d'avoir donné des preuves de vie et de résistance dignes de la faveur gouvernementale.

Les prérogatives de l'Etat sont doublement respectées : l'établissement grevé de charge a déjà subi un premier contrôle dans le passé pour obtenir la personnalité morale ; d'autre part, le legs fondatif ne lui sera attribué qu'après l'autorisation par décret en Conseil d'Etat aux termes de l'article 910, complété par la loi du 4 février 1901 sur la tutelle administrative en matière de dons et legs. Les protagonistes du système ajoutent que grâce à lui le pouvoir de surveillance est continuellement au courant de l'étendue de la mainmorte dans le pays et que le Conseil d'Etat est à même de s'opposer au dépouillement des héritiers. Telle est la vraie fondation : elle est constituée avec le patrimoine du testateur ; l'Etat en est le maître.

SECTION II. — **La fondation, institution de droit public.**

La fondation, que nous sommes pourtant accoutumés à voir sous la forme d'une donation ou d'un legs, est une institution de droit public. De ce que l'on a d'abord établi qu'il fallait enchâsser les fondations dans un système juridique où l'Etat serait forcément appelé à intervenir, on en déduit maintenant que c'est une institution dépassant la sphère du droit privé. Les règles du droit public y sont applicables : on en verra les conséquences.

Malgré les efforts de notre jurisprudence, on rencontre chez de nombreux auteurs cette affirmation que le droit français ignore la fondation comme institution du droit privé (1).

La théorie a été soutenue avec éclat à la tribune du Parlement et on a même essayé de la faire passer dans le corps de la loi récente du 13 avril 1908.

On adopte pour point de départ, l'insuffisance de la seule volonté humaine à créer la fondation parce que celle-ci a des effets perpétuels dans l'avenir. Un testateur ne saurait, dit-on, commander aux générations futures. La puissance humaine sur le régime des biens s'arrête à la fondation : cette intervention de l'Etat

(1) Théodore Tissier, de Lapradelle, Tronquoy, *op. cit.*, *passim*.

s'impose alors par la nature des choses, dit M. Tronquoy (1) : on a besoin du prince pour remplir ce rôle supérieur.

Mais il y a plus : la fondation une fois constituée existe dans la société à l'état de personne morale. Or, pour toute l'école des légistes qui soutiennent la thèse de l'autorité, la personnalité morale n'a rien de vrai ; c'est une métaphore du droit, une pure fiction de la loi qui tend à rapprocher de la condition des individus véritablement existants, certains corps, certaines communautés privilégiées revêtues d'une enveloppe juridique abstraite. L'Etat seul, peut se permettre d'introduire dans la vie civile, ces êtres de raison car, seul, il est assez fort pour les animer de son souffle créateur.

Cette théorie du pouvoir pleinement discrétionnaire de l'Etat sur la formation des personnes morales, et spécialement des fondations, nous paraît avoir été portée à son point de développement scholastique ultime et réduit en une formule parfaite par M. le Garde des Sceaux Briand au cours de la discussion de la loi du 13 avril 1908, modifiant la loi du 9 décembre 1905, sur la séparation des Eglises et de l'Etat : il s'agissait de départir les droits respectifs des auteurs et de l'Etat à la liquidation des diverses fondations englobées dans le patrimoine des anciens établisse-

(1) Tronquoy, *op. cit.*, p. 201.

ments ecclésiastiques. Ayant repoussé tous les amendements de l'opposition, inspirés par le droit commun, le Ministre fut amené à dévoiler sa pensée. Il a dit d'abord à la Chambre : « La fondation, je le répète, et il est nécessaire, indispensable de le répéter, la fondation ne peut être faite avec son caractère de perpétuité, à cause de la fragilité de la personne humaine, qu'avec la collaboration de l'Etat, par lui et en lui : l'Etat devient ainsi cofondateur ; il continue la personne du fondateur. Il n'est pas l'héritier de l'établissement bénéficiaire disparu ; il est fondateur et peut toujours, selon des raisons supérieures d'ordre public, d'intérêt public, modifier la fondation. » *M. l'abbé Gayraud* : « C'est là une théorie dont on pourra faire usage contre la propriété privée » (1). Il répétera plus tard au Sénat : « Le patrimoine en présence duquel se trouve le Sénat est un patrimoine de personnes morales, un patrimoine de fondation qui ne peut pas être traité comme le patrimoine des individus, des personnes physiques. Le Code civil n'a pas été fait pour cette catégorie de biens... l'élément principal, essentiel de la fondation, c'est la durée, c'est la perpétuité. Il n'appartient pas à l'individu d'apporter cet élément ; c'est seulement l'Etat perpétuel par essence qui apporte l'élément indispensable à la fondation. Dès lors, une coassociation, un concours

(1) Séance de la Chambre du 17 décembre 1907, *J. off.*, p. 2960.

étroit du fondateur et de l'Etat qui devient cofondateur et non pas un successeur » (1).

La fondation, envisagée comme institution de droit public, le rôle du fondateur apparaît comme singulièrement amoindri. Il a abdiqué entre les mains de l'Etat (2). C'est lui qui, par la dotation du patrimoine, fournit la substance de vie à la fondation, mais il n'est plus que l'auxiliaire de la puissance publique.

(1) Séance du Sénat du 1^{er} avril 1903, *J. off.*, p. 470.

(2) C'est l'idéal offert par M. de Lapradelle, *op. cit.*, p. 209. Au fond, dans la réalité des faits, il est bien vrai que dans toute fondation par personne morale publique, il faut voir un legs à l'Etat ou à la commune, unité cellulaire de l'Etat.

CHAPITRE III

CONSÉQUENCES

Les conséquences du système de droit public dont nous avons essayé d'établir précédemment les positions sont capitales. Car nous voulons montrer qu'il n'y a pas là une vaine querelle d'école ainsi que certains voudraient le laisser croire.

Et d'abord quant à la naissance de la fondation : son objet, l'idée qu'elle incarne doit plaire au prince, pour qu'elle sorte vivante d'une parturition douloureuse. Cette collaboration intime de l'Etat doit la décorer pour l'avenir d'une estampille difficile. La susceptibilité ombrageuse du Gouvernement en matière confessionnelle lui fait un devoir de briser le germe de toute œuvre, capable de porter atteinte au principe de neutralité. Lorsqu'on aura constaté que la plupart des fondations répondent à la satisfaction de quelque vue spéculative, on comprendra les difficultés que l'on éprouve à les encadrer dans l'organisme administratif.

Quant à la vie de la fondation : elle reste sous le contrôle des agents du pouvoir central, soumise aux mêmes méthodes que les établissements publics proprement dits. L'Etat ne peut se désintéresser de l'institution à laquelle il a imposé son patronage : au lieu de garder une physionomie libre et originale, empruntée à la pensée du fondateur, elle subira l'attraction et la discipline des autres organes administratifs ; elle a déjà dû respecter la règle de la spécialité qui range en compartiments bien séparés, suivant une ordonnance sévère, les vœux des testateurs : elle va bientôt être absorbée totalement dans le corps même de l'Etat.

Le droit de suppression est surtout affirmé avec une vigueur particulière. Voici ce que dit notamment M. Bienvenu-Martin, l'ancien ministre de l'Instruction publique, dans la discussion de cette même loi du 13 avril 1908 : « Il s'agit d'une matière qui relève essentiellement du droit public. . . . un pareil acte qui engage l'avenir, excède la capacité des individus. Il faut l'intervention de l'Etat qui examine la fondation et qui, en la consacrant, lui donne la force et la vie. Ce n'est pas seulement à leur naissance que les fondations sont placées sous la dépendance de l'Etat ; elles y restent perpétuellement et l'Etat a le droit de les modifier, de les reviser, de les transformer, d'affecter les biens qui les compose à d'autres usages, s'il reconnaît dans sa souveraineté qu'elles sont

inconciliables soit avec l'intérêt général, soit avec l'organisation nouvelle des services publics » (1).

Le droit de suppression est réclamé comme indispensable : il est même sans borne : l'Etat est cofondateur : il est bien libre de détruire ce qu'il a créé. Les raisons ? la raison d'Etat les englobe toutes.

Pourtant il y a d'autres personnes intéressées : l'auteur qui peut survivre, en tous les cas ses ayants-cause : à eux un droit de retour légal, à eux un droit d'intenter une action en révocation pour inexécution des conditions dans le cas où les biens légués serviraient à d'autres fins, selon les termes de l'article 954 du Code civil. Mais c'est oublier que « le Code civil n'a pas été fait pour ces biens ! » les actions de droit commun sont ici inapplicables : les charges disparaîtront purement et simplement : écoutons de nouveau à ce sujet M. Bienvenu-Martin : ses paroles sont saisissantes : « Les charges tombent parce que l'Etat avait devant lui non pas une propriété individuelle sur laquelle il est interdit de porter la main, mais une propriété collective, une propriété quasi-publique, qui n'avait pu se constituer sans le secours de la loi et dont la loi pouvait régler l'affectation. Soutenir que l'action en reprise des héritiers naturels peut faire échec au droit supérieur de l'Etat sur les fondations, ce serait dire que la volonté des particu-

(1) Séance du Sénat du 27 mars 1908, *J. off.*, p. 421.

liers est au-dessus de la loi, au-dessus de la souveraineté imprescriptible de la nature » (1).

L'Etat peut donc disposer à la fantaisie des biens de la fondation sans avoir à subir les revendications civiles : il n'est pas successeur en effet ; il agit par droit éminent de suzeraineté : *Deus dedit, Deus abstulit* ! Après l'acte de suppression, on se trouve en face de biens vacants et sans maître ; c'est l'expression même de M. Briand : la dévolution du patrimoine des fondations aux communes est une suite de la déshérence, un anéantissement complet de leur nature propre. S'il existe plus tard une action quelconque au profit des héritiers, c'est par concession gracieuse de l'Etat : au lieu du droit, l'équité (2).

Nous arrivons ainsi à l'application pratique du contrat social aux fondations : « Si la volonté générale dit à un individu : il est expédient que tu meures, il doit mourir puisque ce n'est qu'à cette condition

(1) Discours prononcé à la séance du Sénat du 27 mars 1908. *J. off.*, p. 421.

(2) Dans des conclusions récentes devant la Chambre civile, M. le Procureur général Baudouin s'est élevé contre ce prétendu droit de déshérence de l'Etat à l'égard des personnes morales : « Il va suffire à l'Etat de retirer *ad nutum* arbitrairement l'autorisation qu'il avait donnée, la personnalité morale qu'il avait concédée pour que tous ces biens accumulés par sa permission et sous sa protection, tombent dans sa main, et qu'il ne soit vis-à-vis des engagements dont ils étaient légitimement le gage qu'un tiers investi du droit d'en repousser la charge ! » Cass., 26 déc. 1910, *N° Gazette des Tribunaux* du 15 janvier 1911.

qu'il a vécu en sûreté jusqu'alors et que sa vie n'est pas seulement un bienfait de la nature, mais un don conditionnel de l'Etat » (1).

Telle est la thèse de l'autorité : elle a des racines profondes dans le passé ; elle se réclame de l'école des encyclopédistes en énomie politique ; elle s'appuie sur la doctrine jacobine issue de la Révolution.

La fondation n'y est admise qu'à regret, comme une fantaisie individuelle plutôt gênante qui détruit l'harmonie de l'édifice social. Aussi veut-on la traquer à toutes les issues par où elle cherche à s'échapper. On la saisit ; on veut la renfermer de vive force dans l'ensemble. La fondation est garottée, puis étouffée.

(1) Jean-Jacques Rousseau, *Contrat social*, l. I, ch. VII.

TITRE II

L'ANTITHÈSE DE LA LIBERTÉ

CHAPITRE PREMIER

RÉFUTATION DE LA THÈSE DE L'AUTORITÉ

SECTION I. — **Contre les critiques d'ordre économique.**

On aime à dire que les institutions perpétuelles sont destinées à végéter dans un inévitable étiolement : les économistes voient le salut dans les mutations ; argument régulièrement invoqué contre les fondations. Au point de vue de l'exploitation des biens fonciers il paraît déjà discutable en lui-même : cette circulation des immeubles est-elle aussi féconde qu'on le prétend ? n'entraînerait-elle pas plutôt une déperdition de travail et de temps (1). On pourrait, d'autre part, en ce qui

(1) C'est l'opinion éloquemment soutenue par le marquis de Vareilles-Sommières, *Les personnes morales*, Paris, 1902. — Remarquons aussi que le législateur moderne ne craint pas de favoriser l'insaisissabilité et l'inaliénabilité de la petite propriété ; voir : *Le Bien de famille, étude de la loi du 12 juillet 1909*, par Mademoiselle A. Dyvrande. Thèse Paris, 1911.

concerne l'agriculture, répondre que les systèmes modernes, inspirés par la méthode scientifique, tendent à se rapprocher d'une commune règle qui enlève beaucoup de son importance à la personnalité des propriétaires et à la durée de leur domaine. Mais nous n'y insisterons pas. Remarquons tout de suite que cette discussion repose sur une pétition de principe : on sous-entend toujours dans ce reproche d'ordre économique au sujet de la perpétuité que le patrimoine d'une fondation est forcément composé d'immeubles et on rappelle alors l'incurie administrative des anciennes communautés religieuses. Mais ce ne sont plus là que des souvenirs : la fortune d'une fondation peut tout aussi bien être mobilière : la chose est déjà courante et ce sera même le cas le plus fréquent dans l'avenir. Le legs d'un titre de rente est plus pratique par son extrême divisibilité, plus discret et parfois même plus avantageux que la transmission de n'importe quel immeuble. Ici encore nous remarquons la survivance des idées chères aux rédacteurs du Code civil qui ne voyaient dans les meubles qu'une possession vile. C'est pourtant cette dernière hypothèse qu'il faudra envisager en général pour les fondations ; et alors on ne saurait plus voir aucun inconvénient à ce que des coupons de rente soient éternellement touchés par la même main (1) !

(1) Voir les réflexions de M. Saleilles dans son rapport préliminaire sur le projet relatif aux fondations présenté à la Société des

A ceux qui rappellent l'exemple de ces fondations comme les léproseries dont le but a disparu et qui immobilisent des biens inutilement, nous répondrons que ce sont encore là des exceptions que l'on cite et qu'au surplus il serait possible d'instituer une procédure pour changer l'objet.

Mais il y a toute une école qui s'élève contre la charité privée et qui voit dans la fondation un de ses instruments les plus nuisibles. L'Etat devrait, selon certains, avoir seul le droit de dispenser la bienfaisance, source d'influence et d'honneur. Le souvenir malheureux de la Convention est là pour nous prouver que l'Etat est incapable de subvenir seul à toute l'œuvre d'assistance. Et pourtant on voudrait encore lui réserver ce rôle (1).

Etudes législatives, B. S. E. L., 1908, p. 366. Il a également dit plus tard au cours d'une délibération de la société en parlant de la mainmorte : « qu'il y avait au sein de la commission des fondations trop d'esprits avisés des révolutions économiques qui se sont accomplies de nos jours, pour reproduire de vieux clichés datant de près d'un siècle ». B. S. E. L., 1909, p. 67. Et M. dit que « la mainmorte est une de ces idoles dont parle Bacon quand il a dit qu'il y avait des idoles de nom : c'est un épouvantail de mot ». B. S. E. L., 1909, p. 106.

(1) Voir à propos d'un scandale récent (affaire de sœur Candide), les sommations des organes avancés (*Action* et *Lanterne* du 21 mai 1910) qui réclament « un contrôle sévère de la bienfaisance privée » et proposent « d'attribuer à l'Etat honnête homme, la mission d'organiser la solidarité publique ». Mais voir une excellente réponse dans le *Journal des Debats* du 22 mai 1910. On ne saurait donner en effet à cet événement douloureux plus de signification que n'en comporte un incident né à propos d'une œuvre isolée, parmi tant

D'autres vont plus loin même, et, inspirés par un véritable nitschéisme, estiment que la société ne doit pas s'attarder dans sa marche en avant, à ramasser les vaincus de la vie ou à soigner les blessés : selon l'expression d'Herbert Spencer, elle sera incapable de rester debout dans sa lutte avec les autres sociétés, si elle avantage ses unités inférieures, aux dépens des unités supérieures (1). Certes ! mais c'est justement, parce qu'il est discutable que la bienfaisance soit un devoir de la Société, en tant que collectivité organique, que cette besogne nous paraît plutôt incomber aux individus, et, faisant une distinction entre la morale de la famille et la morale de l'Etat, nous pourrions dire avec Herbert Spencer que « si la générosité doit être le principe essentiel de l'un, la justice doit être le principe essentiel de l'autre ». En Angleterre on se plaint volontiers des mauvais effets de l'Assistance (1). Nourrir des mendiants c'est former des pépinières de voleurs ; Jean-Jacques Rousseau avait déjà répondu autrefois que c'est tout au contraire empêcher qu'ils ne le deviennent (2). Quoi qu'il en

d'autres fructueuses. Voir sur le monopole de bienfaisance que veut s'attribuer l'Etat : Hubert Valleroux, *Réforme sociale*, et aussi Paul Nourrisson, *Le Grand danger : Tout par l'Etat*. Paris, Larôse, 1909 ; *L'Etat et la bienfaisance*, p. 192 et suiv.

(1) Herbert Spencer, *L'Individu contre l'Etat*, p. 98.

(2) Voir *suprà*, p. 8.

(3) Ce bon Jean-Jacques avait d'ailleurs une conception tout à fait « artistique » de la charité : « Si l'on veut considérer l'état de mendiant par le talent, pourquoi ne récompenserais-je pas l'élo-

soit, constatons, sans nous encombrer de ces maximes d'une sociologie complaisante, que la charité est un des plus nobles besoins de la nature humaine et doit alors être satisfaite à ce titre par toutes les œuvres propres à en assurer l'exercice : la fondation est du nombre.

SECTION II. — **Contre les critiques d'ordre politique.**

Faut-il se méfier de la prodigalité des mourants en considération de l'intérêt des familles ? Pour notre part toutes les objections dirigées de ce chef contre la fondation nous paraissent inadmissibles. Ou bien les règles du Code civil relatives à la réserve sont suffisantes et justes, et alors le droit des héritiers est parfaitement respecté à l'égard des libéralités de tout mode et à toute personne, ou bien on rencontre des fondations exagérées, alors c'est le taux de la réserve d'une façon générale qu'il faut modifier : la question nous paraît indivisible. Nous craignons que ce droit des familles ne soit ici qu'un prétexte, une arme de combat. Dans un arrêt de la Cour de Lyon du 29 jan-

quence de ce pauvre qui me remue le cœur et me porte à le secourir, comme je paye un comédien qui me fait verser quelques larmes stériles... Enfin, quoiqu'on puisse penser de ces infortunés, si l'on ne doit rien au gueux qui mendie, au moins se doit-on à soi-même de rendre honneur à l'humanité souffrante ou à son image et à ne point s'endurcir le cœur à l'aspect des misères ». *La nouvelle Héloïse*, V^e partie, lettre 2.

vier 1864 (1), nous rencontrons notamment cette affirmation « qu'en ce qui touche l'intérêt des familles mis en balance avec celui des corps moraux ou établissements publics, le législateur a voulu organiser pour elles une protection indépendante des considérations qui ont fait établir la réserve légale au profit de certains héritiers et portant ses effets au-delà... ». Nous aurions bien voulu que le rédacteur de cet arrêt nous fit connaître avec précision ces lois qui protègent la famille en dehors des règles successorales.

Puisque le législateur a laissé telle quotité disponible jugée nécessaire, il est loisible au testateur de l'absorber toute entière par une fondation. C'est pourquoi la pratique de la réserve administrative nous paraît tout à fait abusive (2) : nous y relevons d'abord un vice constitutionnel ; le pouvoir exécutif se permet dans ce cas là de modifier la loi ; nous croyons encore que le pouvoir *ad jus civile corrigendum* ne peut tout au plus appartenir qu'au pouvoir judiciaire, ayant seul pour cette opération délicate et discrète la science et l'indépendance qui convient. L'administration refait audacieusement le testament du défunt : c'est un attentat posthume à sa liberté individuelle. Remar-

(1) Lyon, 29 janvier 1904, S., 64, 2, 60.

(2) J. Reynaud et de Lagrange, *Notes de jurisprudence du Conseil d'Etat*, p. 244 et voir ce qu'en pense M. Berthelemy, B. S. E. L., 1909, p. 248, et les observations de M. Romieu sur la manière dont on applique l'art. 910, *eod. loc.*, p. 250.

quons en passant que cette habitude de réduire les libéralités qui tombent dans les caisses des établissements publics sous la dépendance de l'Etat, nous montre un des avantages singuliers que comporte son patronage.

Les fondations vont constituer des états dans l'Etat : la formule est bien vite lâchée ; l'exemple ne s'est jamais présenté. Pourquoi des états dans l'Etat ? parce qu'elles sont riches ? Autant dire que tous les citoyens ayant une grosse fortune sont des ennemis de l'Etat ; parce qu'elles représentent puissamment une idée religieuse ou philosophique ? Mais l'Etat ne se pique-t-il pas de neutralité, n'a-t-il donc pas assumé la charge de faire respecter et de protéger toutes les croyances et toutes les pensées ? (1) Et on agite alors de nouveau ce spectre fatigué de la mainmorte : nous avons déjà dit que les fondations n'affectaient pas forcément des immeubles, mais acceptons-en pour l'instant l'hypothèse : au point de vue fiscal, la taxe des biens de mainmorte compense les droits de mutations. Au point de vue politique, on paraît craindre et jalouser les maîtres perpétuels de ces grands domaines ; mais peut-on soutenir sérieusement à notre époque que

(1) Voir à ce sujet la remarquable note de Labbé dans l'affaire Ottetelechano, Cass. Roumanie, S., 1892, 4, 18. Il conclut avec une très belle élévation de pensée en faveur de la neutralité religieuse et il nous est particulièrement doux de l'entendre évoquer la noble et pure mémoire de Michel de Bourges entre Herbert Spencer et Victor Hugo.

la possession de la terre emporte pour son titulaire la puissance ou le prestige. Il y a des compagnies d'assurances propriétaires d'immeubles et qui n'ont pas pour celà un grand poids dans les affaires publiques. A la vérité, nous croyons toujours voir la terre parée des privilèges du passé ; derrière ce mot illusoire de mainmorte nous cachons encore malgré nous des idées féodales.

M. de Vareilles-Sommières a d'ailleurs superbement dénoncé tous ces sentiments inconscients qui s'attachent aux biens de mainmorte, quand il dit que « l'expression sépulchrale dont on se sert pour les désigner est mauvaise car elle tend à faire croire aux esprits superficiels qu'ils ont l'inertie et la stérilité de la tombe (1). »

Aussi, loin de constituer des valeurs mortes ou des obstacles dans la vie sociale, les fondations apparaissent plutôt à l'œil impartial comme des puissants adjuvants de l'autorité publique (2). Elles jouent un rôle aussi

(1) Marquis de Vareilles-Sommières, *Les personnes morales*, p. 453.

(2) Taine a déploré la suppression des anciens corps par la Révolution : « Ces corps sont des organes précieux et non des excroissances malades ». Il distinguait trois raisons pour leur maintien : « En premier lieu, par leur institution, un grand service public, le culte, la recherche scientifique, l'enseignement supérieur ou primaire, l'assistance aux pauvres, le soin des malades est assuré sans charges pour le budget... En second lieu, par leur institution, l'omnipotence de l'Etat trouve un obstacle ; leur enceinte est une protection contre le niveau de la monarchie absolue ou de la démocratie pure. Un homme peut s'y développer avec indépendance sans

élevé et aussi utile que les associations. Pour reprendre les belles paroles de M. de Vareilles-Sommières : « Ce sont des foyers de vie et d'activité, leurs biens sont des instruments d'une production intense, d'une production des choses les plus diverses, mais notamment des choses les plus précieuses et les plus utiles, de science ou de savoir, d'éducation, de patriotisme, de moralité, de santé, de sécurité, d'économie, de liberté, d'énergie. Il n'y a pas de biens plus féconds, plus vivants que les biens de mainmorte. »

endosser la livrée du courtisan ou du démagogue, acquérir la richesse, la considération, l'autorité sans rien devoir aux caprices de la faveur royale ou populaire... Il ne faut pas que les serviteurs du public soient tous des commis du Gouvernement, et, dans un pays où l'aristocratie a péri, les corps sont le dernier asile. En troisième lieu, par leur institution, il se forme au milieu du grand monde banal, de petits mondes originaux et distincts où beaucoup d'âmes trouvent la seule vie qui leur convienne. Taine, *Origines, Révolution*, t. I, p. 256.

CHAPITRE II

CONSTRUCTION

SECTION I. — **Nature de la fondation.**

La fondation telle que nous l'avons envisagée dans sa vie externe n'apporte aucun trouble ni dans l'ordre économique, ni dans l'ordre politique. Le législateur peut autoriser son existence sans danger pour la chose publique ; allons plus loin, il doit même la protéger.

Les lois sont établies pour favoriser dans la liberté l'épanouissement harmonieux de toutes les facultés de l'homme. Or l'établissement d'une fondation est un de ses plus chers désirs ; pour une nature d'élite c'est même souvent un besoin impérieux. C'est la manifestation la plus courante du souci de l'au delà si fortement enraciné dans notre âme.

Nous savons bien que pour beaucoup, il n'y aurait là qu'un geste de la vanité : c'est pour le moins une vanité bienfaisante qui se conçoit parfaitement et cette vanité suprême ne nous paraît pas sans beauté. Ne serait-ce pas aussi un dernier ordre de bonne économie domestique ? les mourants n'ont pas toujours lieu d'être très rassurés sur l'usage que des

héritiers, plus ou moins éloignés ou médiocrement respectueux de leur mémoire, feront de leur fortune laborieusement acquise et prudemment conservée. Comme l'a dit magnifiquement l'orateur : « Les adorateurs des grandeurs humaines seront-ils satisfaits de leur fortune quand ils verront que dans un moment leur gloire passera à leur nom, leurs titres à leurs tombeaux, leurs biens à des ingrats et leurs dignités peut-être à des envieux (1). » La prévoyance que l'on vante comme une vertu de la vie peut bien être encore sagesse près de la mort.

Selon l'expression très heureuse de M. Hauriou, il doit y avoir dans un état civilisé une « liberté de fondation » au même titre qu'une liberté d'association, formes diverses de la liberté de conscience (2). Le droit de fonder est un droit du cœur et un droit de la pensée. Il n'en est même pas de plus respectable, puisqu'il demeure l'expression ultime de notre volonté : c'est une volonté incarnée dans une œuvre et qui nous survit après la mort, comme si nous étions partis en laissant notre ombre vivante sur terre : elle nous représente désormais dans le siècle et si on la

(1) Bossuet, Pêroraison de l'oraison funèbre d'Henriette d'Angleterre.

(2) Hauriou, *Traité de droit administratif et de droit public général*, 3^e édit., p. 127. Selon lui « la prétention de l'Etat de dispenser à son gré la personnalité civile, et que nos légistes parlementaires trouvait naturelle et tout simplement exorbitante : elle est de même ordre que la théorie de l'esclavage antique »,

méprise et si on l'attaque, c'est à notre liberté qu'on attente. Le droit de vie de la fondation, c'est une liberté individuelle prolongée.

Des jurisconsultes justement préoccupés de faire bénéficier de la protection de la loi, toutes les expressions de l'activité sociale, et d'englober dans leur domaine, tous les points du contact de l'homme avec le milieu juridique, ont essayé de discerner à l'aide d'une analyse délicate une nouvelle catégorie de droits plus spécialement attachés à notre individualité : le savant maître Edmond Picard, dans une des pages les plus éloquentes du *Droit pur*, a essayé de définir ces droits qu'il avait qualifiés le premier d'*intellectuels* (1). On distingue ainsi le droit au nom, le droit à l'honneur, le droit à la liberté. De même, M. le Professeur R. Saleilles, dans une note célèbre sous l'arrêt Lecoq (2), développant les idées de Gierke, a montré très finement quels étaient ces droits qu'on devait situer au-dessus du patrimoine : les droits attachés à la personne (3).

(1) *Des droits intellectuels à ajouter en quatrième terme à la division classique des droits en personnels, réels et obligationnels*, 1879 ; — Introduction au tome II des *Pandectes belges*, par Edmond Picard ; — et le *Droit pur*, par Edmond Picard, sénateur, professeur à l'Université nouvelle de Bruxelles. Flammarion, 1908 : les pensées les plus nouvelles et les plus imprévues y flamboient dans un style d'une magnificence verbale renouvelée de Rabelais et de Victor Hugo.

(2) S. 1902, 2, 305, à propos du droit d'auteur.

(3) Voir spécialement au sujet du droit au nom la thèse Ch. Reibel,

Le droit à la fondation, soit qu'on envisage l'acte de liberté du testateur, soit que l'on considère même plus tard, dans son essence morale, l'œuvre déjà venue au monde, ne serait-il pas lui aussi un droit de personnalité : autrement dit, lorsque l'on parle d'assurer le respect de l'honneur, le respect du nom de la personne, ne pourrait-on pas, en s'élevant un peu plus haut dans le domaine de l'abstraction, assurer aussi le respect de la pensée posthume, du souvenir ? Sans doute, quand nous voulons faire reconnaître ce nouveau droit de la personnalité, on nous objectera qu'il apparaît tout au moins, après la mort du fondateur, comme un droit sans titulaire, un droit suspendu dans le vide. On devrait plutôt dire un droit sans tête vivante : car, la personnalité morale de la fondation qui est en réalité une émanation de la personne du testateur ou donateur, une parcelle idéale de lui-même, ne peut-elle pas être revêtue du droit au respect de sa mémoire ? Nous entendons bien, certes, que la fondation a des droits patrimoniaux comme organisme juridique, mais nous la tenons, dans une certaine mesure, pour dépositaire des droits moraux de son auteur. En pratique, cela nous conduirait à dire que celui qui frappe la fondation, frapperait aussi le fondateur.

Du nom commercial, artistique et littéraire. Thèse Nancy, 1905, et *Du caractère personnel de certains droits et notamment du droit d'auteur dans les régimes de communauté*, par Léon Bérard. Thèse Paris, 1908.

A la vérité, nous nous contentons ici de tirer les conséquences d'un fait : il y a dans toute fondation un élément matériel amorphe et qui ne signifie rien par lui-même ; mais il y a aussi un élément intellectuel : c'est l'objet de la fondation qui est une pensée du fondateur : or, si nous voulons isoler ce dernier élément, et si nous voulons lui attribuer une valeur juridique, que peut-il être sinon un droit de personnalité ? En faisant ressortir dans la fondation ce droit nouveau, nous croyons la renforcer contre toutes les attaques : ce droit au respect de la personne sera d'autant plus sacré que le défunt n'est plus là pour le défendre (1).

SECTION II. — **La fondation, institut de droit privé.**

Pour placer la fondation dans le droit public, les partisans de la thèse de l'autorité ont invoqué l'impuissance du seul individu à créer l'institution. M. Tronquoy s'indigne contre l'homme qui voudrait réaliser une perpétuité qu'il n'a pas pour lui-même, en lançant à travers les âges, une volonté cristallisée

(1) Edmond Picard dit dans le *Droit pur* : « On peut comprendre rationnellement que l'extension de la personnalité juridique soit admise quand il s'agit de défendre la mémoire contre les atteintes à la considération, et qu'une tutelle soit organisée dans ce but par le défunt lui-même en une des fonctions de dernière volonté, ou par la loi », § 38, p. 67.

dans une forme immuable (1) : voilà, nous semble-t-il, une impression plutôt qu'un argument, c'est vouloir nous éblouir sur le chemin du droit par l'antithèse violente d'une image. Quant à nous, le spectacle de cette volonté d'abord une fusion, qui demeurera bientôt moulée dans le temps, n'a rien qui nous choque. N'est-ce pas le propre des œuvres de l'homme d'aspirer à plus de durée que leur auteur ? La fondation ressemble à cet égard à tant d'autres actes de la vie juridique : nous dirons aussi volontiers que la plupart des contrats lient, par delà les contractants, tous leurs ayants-cause et tous leurs successeurs dans l'avenir ; les dispositions testamentaires sont des actes de commandement qui dépouillent irrémédiablement les individus, en fixant, au mépris des désirs des générations nouvelles, les biens dans des familles déterminées ; enfin les servitudes ne présentent-elles pas un exemple parfait de l'omnipotence d'une volonté malgré les hommes et les choses ? La destination du père de famille n'a-t-elle pas, en cette matière, un rang prépondérant ? Nous sommes ainsi environnés de volontés multiples, volontés des vivants et volontés des morts ; ces volontés sont douées de mouvement par les contrats, qui ont eux-mêmes un ressort interne dont la force est indépendante de la vie de l'auteur.

(1) Marcel Tronquoy, *op. cit.* — Même idée chez Truchy, *Les Fondations*. Thèse Paris, 1885 : « l'homme n'a que des droits viagers ».

Ce sont toutes ces volontés précisément qui nous donnent la mesure de nos actions et qui délimitent par leurs bornes, la course de nos efforts. Conception désolante, si les effets de tous nos actes de droit devaient s'évanouir avec nous dans la tombe, partager le sort de nos obligations purement personnelles qui selon les coutumiers *inhaerent ossibus sicut lepra cuti*. La pérennité de la volonté humaine, malgré la mort ou la conservation des effets juridiques au delà d'un régime viager, fut justement un progrès de la technique juridique. Faire mourir la volonté avec l'homme serait rapetisser le droit (1).

L'acte fundatif ne présente donc rien d'anormal par rapport aux autres actes juridiques. Puisque nous n'avons pas besoin de l'Etat pour l'accomplir, il rentre naturellement dans la sphère du droit privé.

Nous avons donné dans notre première partie, les conclusions de toute une école qui voudrait faire de la fondation un organe administratif et la rendre nécessairement tributaire d'une personne morale intermédiaire ; nous aurons donc à montrer d'abord que la fondation s'est toujours réalisée par les procédés de droit privé et que ces procédés sont licites.

(1) M. de Vareilles-Sommières dit aussi que tous les actes de l'homme restreignent la volonté de ses successeurs, et il fait remarquer que les hommes du moyen âge qui construisirent Notre-Dame de Paris, ont considérablement diminué la liberté de dispositions du terrain de la Cité, pour nos architectes modernes.

La jurisprudence valide le système du legs modal à personne physique à charge de fonder sans s'arrêter aux nombreuses objections théoriques, tirées par les adversaires de la fondation de droit privé d'une interprétation forcée et souvent tendancieuse des articles du Code.

Le légataire intermédiaire qui va employer tous les biens à créer la fondation est un exécuteur testamentaire, dit-on : le testateur n'a pas eu pour lui l'*animus donandi*. Encore faut-il s'entendre sur ce que signifie dans le langage juridique cette locution un peu vague. Selon M. Grunebaum-Ballin, l'*animus donandi* paraît être une intention nettement déterminée à l'égard d'une personne (1). Pour M. Baudry-Lacantinerie, l'*animus donandi* ne serait au contraire chez le disposant que la conscience qu'il a de ne pas recevoir d'équivalent en échange de ce qu'il donne (2) : il sait qu'il se dépouille : et c'est ainsi également que nous apparaît l'élément économique fondamental de l'acte à titre gratuit. Qu'importe alors que le légataire conserve pour lui-même ou veuille distraire intégralement pour l'œuvre les biens qu'il a reçus du testateur. Ce dernier résultat tout matériel ne saurait l'assimiler à l'exécuteur testamentaire. Il y a entre eux, malgré la ressemblance des situations de fait, une différence de titre

(1) Grunebaum-Ballin et Levy-Ullmann, *loc. cit.*, p. 262.

(2) Baudry-Lacantinerie et Maurice Colin, *Donations et testaments*.

juridique très précise : l'exécuteur testamentaire agit en vertu d'un mandat ; le légataire dont tout l'émolument est absorbé garde la vocation éventuelle à la totalité des biens successoraux : c'est un légataire sérieux ; il est le continuateur de la personne (1). Dans un des plus anciens arrêts, la Cour de Toulouse, examinant une fondation entre vifs, avait marqué une certaine hésitation à admettre comme donataire, une personne qui ne devait rien retenir de ce qui lui avait été donné et elle avait cru y voir une sorte de contrat innomé (2). Mais pour les fondations testamentaires, la jurisprudence a reconnu par de multiples arrêts la qualité de légataire à l'intermédiaire dans cette opération (3).

Les tribunaux durent également repousser l'art. 896 qu'on avait voulu opposer au legs modal, en prétendant qu'il y avait dans cette espèce détournée de la fondation une substitution prohibée. Remarquons d'abord qu'on ne peut y découvrir l'ordre successif, un des trois éléments avec la charge de conserver, de rendre et la double libéralité qui caractérisent la substitution (4).

(1) Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, VII, 714.

(2) Sous Cass., 14 juin 1843, S., 43, 1, 306.

(3) V. notamment Orléans, 8 janvier 1885, puis Cass., 3 juillet 86 ; Angers, 22 juin 1887, puis Cass., 6 nov. 88, S., 90, 1, 241 avec note Labbé, critiqué par Théodore Tissier ; — Cass. Roumaine, 2 mars 92, S., 92, 4, 17, avec note Labbé.

(4) C'est l'opinion d'Aubry et Rau, *Cours*, 4^e édit., VII, § 694 ;

Mais interrogeons l'histoire : il suffit, pour écarter l'application de l'article 896 à notre cas, de rappeler les motifs de cette disposition. On sait qu'il a été introduit dans le Code sous la même inspiration que la loi du 14 novembre 1792. C'était une loi politique. Elle vise une reconstitution possible du droit d'aînesse. Bigot-Préameneu a invoqué l'intérêt de la famille vis-à-vis d'un seul privilégié (1). Nous sommes en face de ce qu'on pourrait appeler une règle de police familiale établie par le législateur dans un intérêt d'ordre public. Puis aussi le législateur a redouté au point de vue économique, cette période indéterminée où les biens sont soumis à la jouissance du grevé et demeurent inaliénables : il n'a pas voulu que la confiance des créanciers puisse être surprise par une fausse apparence. Crainte d'un privilège, protection du crédit, voilà les raisons cachées derrière l'article 896 et dont on ne saurait parler à propos de la fondation. Telle est en effet l'opinion que reflètent les arrêts (2).

D'ailleurs est-ce bien à l'époque, où dans son propre domaine l'article 896 est battu en brèche et pour ainsi

Bourges, 11 janvier 1887, S. 90, 2, 170; — Douai, 8 janvier 1895, S., 96, 2, 206, et Cass., req., 27 juin 99, S., 1901, 2, 71.

(1) Etienne Coquet, *Les Fondations privées d'après la jurisprudence*. Thèse Poitiers, 19.

(2) Cass., 16 juillet 1838, S., 38, 1, 705; — Trib., Dunkerque, S., 79, 2, 337; — Cass., 6 novembre 1888, précité, S., 90, 1, 241 avec note Labbé; — Cass., 5 juillet 86, S., 90, 1, 243 avec note Labbé; — voir toutefois Pau, 7 déc. 1861, S., 62, 2, 337.

dire abrogé par la jurisprudence grâce aux procédés du legs alternatif conditionnel, du legs *de residuo*, ou du legs divisé en usufruit et nue-proprieté qu'il sied d'en restaurer injustement la sévérité littérale pour une hypothèse étrangère ?

L'argument le plus redoutable auquel se soit heurté la fondation de droit privé est encore celui de l'art. 911 combiné avec l'article 902 (1). La fondation est personne non encore conçue, donc incapable, et le légataire est personne interposée.

Il est trop aisé, chaque fois que l'on rencontre une libéralité avec charge, de prétendre qu'il y a interposition de personne et M. Beudant paraît avoir justement critiqué la Cour de Cassation lorsqu'elle déclare qu'il n'y a là qu'une question de fait (2). C'est ainsi qu'il convient de rappeler la distinction très nette et très habile présentée par M. Planiol et qui nous servira, comme il le dit lui-même, de fil d'Ariane, pour trouver la solution (3). Elle part de ce principe que l'interposition de personne n'est pas forcément un moyen de tourner la loi ; elle peut être un moyen de réaliser un but licite. Autrement dit, on peut se servir d'une personne intermédiaire, tantôt

(1) Voir notre titre I, p. 13.

(2) Dalloz, 1894, 1, 237.

(3) Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, §§ 3016 à 3020 ; — V° *Les libéralités par personne interposée*, par Raymond Garnier. Thèse Dijon, 1901.

pour faire parvenir frauduleusement des biens à un incapable qui serait sans droit pour les recueillir directement et qui tombe alors sous le coup de l'article 911, tantôt pour surmonter un obstacle matériel qui nous empêche de citer ou de dénommer avec exactitude la personne ou le groupe bénéficiaire, et alors l'application de l'art. 911 serait abusive, car il ne contient pas une restriction de principe à toutes les manifestations possibles de la liberté du testateur. D'une part, on a méconnu une prohibition de la loi, de l'autre on a simplement voulu obvier aux inconvénients d'une situation de fait. D'un côté, nous avons, par exemple, les personnes non encore conçues ou les personnes incertaines, de l'autre, les congrégations non reconnues ou les enfants adultérins. Les espèces qui nous sont fournies par la jurisprudence montrent que les tribunaux n'hésitent plus à légitimer la fondation en la ramenant à un legs avec charge ou à une obligation de faire imposée au légataire (1). On voit

(1) Cass., 7 nov. 59, S., 60, 1, 350 ; — Paris, S., 61, 2, 632, cassé par Cass., 25 mars 1863, S., 63, 1, 170, et Amiens, 24 juillet 63, S., 63, 2, 132 ; — Cass., 2 mai 64, S., 64, 1, 235 ; — Cass., 4 avril 1865, S., 65, 1, 162 ; — Cass., 6 nov. 66, S., 67, 1, 120, témoigne des efforts de la jurisprudence pour interpréter les dispositions testamentaires *potius ut valeant quam ut pereant*. Caen, 12 nov. 69, S., 70, 2, 145, note Labbé ; — Cass., 8 août 74, S., 74, 1, 258, critiqué par Théodore Tissier dans *Dons et legs* ; — Douai, 10 juin 84, S., 86, 2, 172 ; — Bourges, 11 janvier 87, S., 90, 2, 170 ; — Cass., 8 avril 91, S., 92, 1, 516 ; — *Contra* : Cass., 12 avril 64, S., 64, 1, 153 ; — Douai, 1^{er} mai 94, S., 95, 2, 1.

de cette façon, que le légataire qui reçoit pour une fondation n'est pas une personne interposée, car la loi n'a jamais interdit de créer une fondation, mais sert plutôt de remède à une imperfection du droit : c'est un moyen dont on use non pas au mépris de la volonté du législateur, mais bien mieux, comme auraient dit les anciens : *sufflendi juris civilis gratia*.

Au surplus, lorsque nos adversaires nous menacent de l'article 911, c'est parce qu'ils posent en principe que l'article 906 fait de la fondation un incapable. Mais on pourrait déjà se demander si l'article 906 est fait pour les personnes morales. Il est plus sûr d'admettre, pour l'époque de la composition du Code, que ses rédacteurs n'eurent en vue que des personnes physiques. M. Geouffre de Lapradelle, qui adopte cette solution, se refuse à en admettre la conséquence logique qui serait l'institution directe de la fondation, « car, dit-il, les personnes morales qui sont faites à l'imitation des personnes physiques ne peuvent être plus parfaites » (1). Le raisonnement nous paraît spécieux. On comprend admirablement le Code, lorsqu'il exige de l'être physique d'être conçu au moment du décès du testateur : l'être physique non conçu, en effet, n'est même pas problématique : il n'est rien, il ne peut pas être deviné, ni entrevu raisonnablement par le testateur ; la loi ne veut pas sanctionner les desseins qu'il peut avoir à l'égard de ce qui n'est

(1) V. Geouffre de Lapradelle, *op. cit.*, p.

encore à sa mort que le néant. Mais dira-t-on la même chose de la fondation ? Cette personne morale est déjà conçue dans l'esprit du testateur ; il la sent, il la voit, il lui donne un but qui sera le fruit de sa pensée : c'est une idée-force, comme diraient les philosophes ; quand il meurt elle n'est plus à concevoir, car elle est là, couchée dans le testament, avec sa dot et sa charte.

Le legs *sub modo* reste donc dans l'état actuel de notre droit un moyen d'une parfaite correction juridique. Il est l'instrument le plus précieux et le plus souple de la fondation de droit privé. Grâce à lui, le patrimoine de la fondation peut être recueilli sans aucune intrusion de l'administration ; jusqu'ici les difficultés éventuelles seront de la compétence des tribunaux judiciaires qui marquent le plus souvent un grand souci de respecter la volonté du défunt.

Est-ce à dire que nous soyons exclusivement dans le cadre du legs ? assurément non ; le legs avec charge paraît plutôt ici une enveloppe extérieure dont on a tiré tout le profit possible : l'opération s'analyse au fond par une stipulation pour autrui qui est la véritable explication et du legs *sub modo* dans la fondation testamentaire et surtout de la donation *sub modo* dans la fondation entre vifs. M. Lambert considère même la fondation comme l'application la plus pratique et la plus normale de la stipulation pour autrui (1).

(1) Ed. Lambert, *La stipulation pour autrui*, Thèse Paris, 1893, et

Qu'un fondateur veuille, de son vivant, donner directement à l'œuvre qu'il crée le capital nécessaire à sa subsistance, il se heurte à l'obligation de l'article 932 : « La donation entre vifs n'engagera le donateur et ne produira aucun effet que du jour où elle aura été acceptée en termes exprès. » Mais s'il donne à un ami, et le charge en outre de transmettre ce même capital à la fondation future, le contrat sera correct. C'est l'intermédiaire donataire qui acceptera lui-même comme l'exige l'article 932 et la fondation aura le droit de recueillir le patrimoine qui lui est dévolu. La charge imposée au donataire est ici la stipulation pour autrui. Le fondateur est stipulant ; la fondation bénéficiaire. Grâce au mécanisme de l'article 1121, le droit du tiers devrait prendre naissance avant qu'il ait donné son consentement : peu importe donc qu'il soit vivant : un gérant d'affaires lui a assuré la fortune ; il profitera du contrat à son heure, quand il pourra, et le rendra irrévocable. Voilà un système parfaitement approprié aux difficultés de la naissance d'une fondation et que la jurisprudence civile a d'ailleurs largement validé en reconnaissant l'existence du droit de l'établissement bénéficiaire antérieurement à l'acceptation (1).

voir aussi une étude très précise des rapports nés de la stipulation pour autrui dans J. Mimerel, *Stipulation en faveur des ouvriers dans les entreprises de travaux publics*. Thèse Paris, 1910. V. Introduction, p.

(1) Rouen, 28 décembre 1887, D., 87, 1, 143 ; — Caen, 12 novem-

Mais nous arrivons ici au seuil de la deuxième partie de l'acte fondatif : nous avons essayé la justification des procédés du fondateur. Maintenant va commencer la mission du donataire ou du légataire à charge : nous touchons au problème de la personnalité morale ; il faut constituer véritablement la fondation, la faire vivre : comment y parviendra-t-il ?

SECTION III. — **Rôle de la reconnaissance d'utilité publique.**

Le rôle du légataire à charge est double : c'est une obligation de faire et une obligation de donner.

C'est d'abord la poursuite de la reconnaissance d'utilité publique, le moyen le plus fréquemment employé pour avoir la personnalité morale, moyen très défectueux, considéré à tort par les partisans de la thèse de l'autorité comme le moyen unique.

Pour obtenir la reconnaissance d'utilité publique, le légataire va d'abord être obligé d'exécuter les prescriptions du testateur, relatives à l'organisation intérieure de la fondation ; s'il y a lieu, il réunira les gérants, mettra à leur disposition l'immeuble donné, le matériel prévu, et même, au besoin, le patrimoine : bref, il va falloir se livrer à un commencement d'exécution. Rappe-

bre 69, S., 70, 2, 145, note de Labbé ; — Cass., 21 juin 1870, S., 70, 1, 367 ; — Cass., 8 avril 1874, S., 74, 1, 258, critiqué par Théodore Tissier dans *Dons et legs*.

lons, en effet, que le Conseil d'Etat n'accordera la reconnaissance que si l'établissement fonctionne déjà (1). Ainsi, toute cette œuvre préliminaire du légataire n'est que du fait, la loi l'ignore en principe ; on ne veut pas y voir les premiers signes d'une personnalité morale qui surgit de sa propre force, et pourtant ce fait est indispensable à l'acquisition du droit. On voit ici une première contradiction dans l'attitude de l'administration : d'une part, elle ne veut admettre la fondation au rang des personnes civiles que lorsqu'elle-même lui en a accordé la faveur, et d'autre part, elle lui demande d'avoir déjà fourni toutes les manifestations d'une vie juridique qu'elle ne doit pas posséder légalement.

Théoriquement une fondation ne devrait jamais obtenir la reconnaissance d'utilité publique : avant la reconnaissance, elle n'est rien, et pour l'obtenir, elle doit avoir été quelque chose.

Mais les auteurs de droit administratif ont donné une explication très ingénieuse du phénomène. Tout en acceptant l'article 906 du Code civil et en tenant la fondation pour incapable de recevoir, ils valident néanmoins les actes antérieurs à la reconnaissance : c'est ce que M. de Vareilles-Sommières appelle plaisamment la théorie obstétrico-juridique du Conseil d'Etat (2). La fondation avant la reconnaissance est

(1) Voir notre première partie, p. 19.

(2) Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 630.

assimilée à l'enfant simplement conçu, et son temps d'existence de fait correspond à la période de vie intra-utérine du fœtus dans le flanc de la mère (1). M. de Lapradelle a montré ce que cette théorie avait de factice dans son abus de la métaphore, et, au surplus, nous n'admettons pas que l'article 906 soit fait pour les personnes morales. Le Conseil d'Etat a admis que sa reconnaissance avait un effet rétroactif et il fait ainsi remonter la concession de la personnalité morale au jour de l'ouverture de la succession (2). Nouvelle fiction, et nouvelle contradiction : en matière de personnalité morale, c'est le système de la fiction qui est à la base de la conception administrative ; on aime à répéter que la collation de la personnalité est une pure création du prince ; dans la logique de cette idée, c'est le Conseil d'Etat qui institue la fondation ; sa décision est, par conséquent, attributive et constitutive d'état : or, voici qu'on est obligé de lui donner un effet rétroactif : sa décision est donc déclarative d'état ! On se perd de fiction en fiction ! Qui est-ce qui saurait mieux montrer que cette contradiction flagrante, entre l'affirmation de

(1) V. Théodore Tissier, *Dons et legs*, n° 121, et Marguerie, *Etude dans les libéralités faites aux établissements non reconnus*. *Revue critique*, 1878, p. 528.

(2) *Notes de Jurisprudence du Conseil d'Etat*. Bienvenu-Martin. Melun, 1892, et *Notes de Jurisprudence du Conseil d'Etat*. Reynaud. Melun, 1899.

principe du dogme administratif et les effets juridiques que lui impose la nature des choses, la puissance de l'essor de la personnalité morale qui fait éclater le cadre de la jurisprudence administrative, ou l'oblige à des accommodements bizarres qui en brisent l'harmonie.

L'administration est d'ailleurs très parcimonieuse de la reconnaissance d'utilité publique ; elle la juge indispensable, mais elle ne l'accorde qu'à regret (1). Ce que nous lui reprochons surtout, c'est le sens qu'elle y attache, dont nous avons développé les conséquences dans notre première partie.

M. Briand nous paraît avoir résumé ainsi toute la théorie en un mot, quand il a dit que l'Etat était *cofondateur* ; mais M. le sénateur de Lamarzelle lui a répondu avec trop d'éclat et de précision, pour ne pas citer en entier ce passage de son discours : « L'Etat est cofondateur, voilà votre mot. Vous le reconnaissez avec moi, Monsieur le Ministre, vous auriez pu peut-être trouver un mot plus heureux en la circonstance, car celui-ci est vraiment bien mal choisi.

« En effet, cofondateur, cela désigne quelqu'un qui fonde avec un autre, et dans l'hypothèse, celui qui donne avec autre. Or, d'après votre thèse, voici quelqu'un qui contracte conjointement avec un autre,

(1) Remarquons la rareté croissante d'application de la reconnaissance d'utilité publique par le Conseil d'Etat, a dit M. Romieu à la Société d'Etudes législatives, B. S. E. L., 1909, 146.

qui participe à une donation avec une autre et qui, cependant, seul, pourra faire tomber la donation !

« Ainsi, votre cofondateur crée « avec », mais il peut détruire « sans. »

M. Jenouvrier — Tout seul.

M. de Lamarzelle. — Avouez que c'est là un fondateur tout à fait spécial, autant que le patrimoine en question.

« Vous avez été obligé de dire « cofondateur. » Pour votre thèse, c'est « fondateur » qu'il aurait fallu dire au sujet de l'Etat. Si l'Etat était fondateur, et seul fondateur, il est évident qu'ayant créé, il pourrait détruire, sauf cependant encore la règle « donner et retenir ne vaut. »

« Mais est-ce que l'Etat a été fondateur ?

« Non, ce n'est pas sa volonté qui a été ici la cause primitive, la cause déterminante.

« De plus, il n'a pas coopéré à la fondation, en donnant des biens lui appartenant ; ce ne sont pas « ses » biens à lui, Etat, qui font l'objet de la fondation.

« Il n'est pas fondateur, mais — je ne le nie pas, — il participe à la fondation, puisqu'il l'autorise, puisqu'il faut un décret du chef de l'Etat pour que les fondations existent et qu'elles fonctionnent.

..... « Alors quel rôle joue l'Etat ?

« Il est ce que les jurisconsultes romains appelaient *auctor* ce qui, dans la circonstance, ne peut être

traduit « auteur » — mais *auctor* comme était le tuteur du droit romain, non pas le tuteur français — *auctor* en ce sens que : *auget personam*.

« La personne du fondateur n'est pas complètement capable de créer elle-même la fondation et alors l'Etat *auget personam*, lui donne le complément de capacité qui lui faisait défaut.

« Mais, après avoir ainsi joué le rôle de tuteur du droit romain, l'Etat fait plus que lui ; il garantit l'exécution de l'acte.

..... « Et parce que l'Etat a pris à la fondation une participation de ce genre, parce qu'il l'a autorisée, qu'il l'a garantie, parce qu'il s'est chargé de son exécution, vous allez en tirer cette conséquence, qu'il peut la bouleverser de fond en comble contre la volonté formelle de l'auteur de la fondation ! » (1).

Le rôle de la reconnaissance d'utilité publique était manifestement exagéré par le Ministre de la Justice. M. de Lamarzelle a rendu à l'acte sa véritable signification (2). Il reste néanmoins que le système de la

(1) Séance du Sénat du 2 avril 1908. *Officiel* du 3 avril 1908, p. 488, 2^e colonne.

(2) M. Saleilles a exprimé cette idée d'une manière saisissante dans son Rapport préliminaire sur le projet relatif aux fondations, présenté à la Société des Etudes législatives : « Le Conseil d'Etat veut que l'œuvre, non seulement ne recouvre aucune menace de danger quelconque au point de vue social ou politique, mais qu'elle soit vraiment utile et que son utilité soit telle que l'Etat, en se plaçant au regard des conceptions qui dominent sa politique du moment, puisse la prendre sous son patronage ». B. S. E. L., 1908, 359.

concession administrative est rudimentaire et anti-libéral.

C'est, en effet, un appareil juridique incommode, lourd et bien difficile à mettre en marche, celui qui oblige tout fondateur en France à recourir au Conseil d'Etat pour donner la personnalité morale à son œuvre. L'instruction faite à Paris est forcément lente et défectueuse pour un résultat toujours incertain.

On comprend même que l'application du système soit brutale, on révèle, selon les espèces, des hésitations ou des contradictions. On excuse le Conseil d'Etat de sa sévérité ; on s'explique ses exigences car, guidé dans sa prétention de créer par la reconnaissance, à lui seul, un organisme nouveau et de le placer au rang des établissements d'utilité publique, il doit apporter, dans son examen, un esprit de gouvernement, une tendance déterminée nuisible à la liberté (1).

(1) M. Piou avait montré à la Chambre, le danger de la thèse du Garde des Sceaux : « Que l'Etat soit le distributeur de la perpétuité, qu'il l'a crée par un acte de sa puissance, que la créant, il devienne fondateur ou cofondateur, cela n'a jamais été jugé par aucun tribunal, enseigné par aucun jurisconsulte, écrit dans aucune législation... Vous invoquez le droit révolutionnaire, la loi de novembre 1793 ; c'est à tort : votre théorie appartient à une autre école que l'école jacobine : elle appartient à une école née depuis, l'école socialiste collectiviste : l'on serre la doctrine, l'on en tire tout ce qu'elle renferme, on arrivera à cette conséquence que l'Etat conférerait la perpétuité à la propriété privée : le sort de la propriété privée, dépend de sa volonté. » Séance de la Chambre du 19 décembre 1907, *J. off.*, 2986. V. aussi Henry Taudière, *La Loi* du 13 avril 1908 Paris, Pédoue, 1908.

L'Etat ne connaît pas de mesure : ou bien il abandonne la fondation dans le néant, ou bien il lui construit tout de suite un édifice en le décorant d'un fronton à son nom. Elle ne mérite ni tant d'honneur, ni tant d'indignité. C'est ainsi qu'on aboutit au favoritisme, à l'intrusion de la passion politique dans l'administration des intérêts privés et aux plus flagrantes injustices.

Nous pouvons en donner un exemple typique fourni par la jurisprudence : en 1856, un testateur créait une fondation en faveur des « ouvriers malheureux, surtout de ceux qui seraient malheureux, par suite de leurs opinions démocratiques et socialistes, » mais, connaissant l'insuffisance de la législation et l'étroitesse de la jurisprudence administrative, il avait détourné ses légataires de la recherche de l'autorisation administrative. Or, ce défaut d'une autorisation, impossible à obtenir dans l'espèce, a été relevé par la Cour de cassation comme un des motifs qui lui firent annuler le legs ; et, entrant résolument dans le domaine de la politique, elle déclare « que la clause en faveur des ouvriers socialistes est une prime d'encouragement offerte à perpétuité aux passions anarchiques et subversives sous l'impression desquelles le testament a été réglé » (1). Nous sommes là, en face d'une décision pourtant bien fondée en droit, les

(1) Cass., 4 août 1856, S., 57, 1, 274.

précautions prises par les testateurs ayant été encore insuffisantes, mais qui répugne à tout homme juste, et fait condamner irrémédiablement le système suranné de l'intervention administrative.

Tout le vice de la reconnaissance d'utilité publique est dans le concept initial qui lui sert de base : la théorie de la fiction. Les théoriciens étatistes l'ont adoptée comme le moyen le plus propre à fortifier les positions de l'Etat contre le mouvement corporatif. Dire, à notre époque, que la personnalité morale des groupements collectifs ou des patrimoines affectés n'existe pas dans la nature des choses, qu'elle ne peut jamais être qu'un procédé technique inventé dans un but utile dont le prince apprécie arbitrairement l'opportunité, c'est maintenir dans le domaine juridique une audacieuse prétention, aujourd'hui ruinée dans le domaine politique et social.

Le dogme de la fiction est voué à une fin prochaine. Déjà il s'effrite : le droit romain, lui aussi, avait affirmé que l'esclave n'était qu'une chose ; mais cette chose vivait, et elle a forcé les portes de la théorie des personnes : de là, les actions *institoria*, *exercitoria*, *de fœculio* qui équivalaient à des reconnaissances partielles et temporaires de la personnalité de l'esclave (1) : ce qui était la vérité dans le fait conquerrait lentement les grades de la légalité dans le droit.

(1) V. Girard. *Traité élémentaire de droit romain* : La condition de l'esclave, p. 95.

Nous assistons, de nos jours, au même phénomène de droit administratif. Quelles brèches plus profondes ouvertes dans ce mur superbe de la théorie de la fiction que la loi du 31 mars 1884 sur les syndicats professionnels et la loi du 1^{er} juillet 1901 sur les associations (1). Les syndicats se constituent librement sans l'autorisation du Gouvernement, et les associations n'ont qu'à faire une déclaration : syndicats et associations sont donc des personnalités morales *vraies* qui émanent de la volonté des individus. Il faudra s'incliner devant la force de la *réalité* ; le tour de la fondation viendra.

Devons-nous concevoir l'espérance que cette idée pénétrera la jurisprudence du Conseil d'Etat sans avoir besoin d'être affirmée par une loi ? il suffirait à la haute Assemblée de comprendre plus largement le décret de reconnaissance d'utilité publique, de s'inspirer des suggestions de M. de Lamarzelle en matière de dons et legs : elle pourrait faciliter l'obtention, s'abstenir de réformer à sa guise les statuts des œuvres projetées, mais respecter au contraire leur individualité et même, disons le hardiment, supprimer sa règle de la spécialité.

(1) Paul Boncour, *Les syndicats de fonctionnaires* : Paris. « La loi de 1901 que la ténacité d'un grand juriste enfonce comme un coin dans l'individualisme oppresseur du Code Napoléon ». Ce n'est pas l'individualisme qui est oppresseur, mais l'Etat lorsqu'il a la prétention de le faire respecter.

La règle de la spécialité n'est elle pas, en effet, solidaire de la théorie de la fiction ? Si la personne humaine nous apparaît comme une fin, et la personne civile comme un moyen mis au service de la personne humaine, il est nécessaire que sa mission soit circonscrite : d'où la spécialité. Ceux qui voient dans la personnalité morale un organisme vivant ne peuvent pas tolérer cette amputation.

Cette prétendue règle de la spécialité n'existe dans aucune loi ; l'histoire ne l'a jamais connue. D'ailleurs ses défenseurs sont bien embarrassés pour lui trouver une justification. Selon M. Henri Ripert, « c'est parce qu'il est conforme à une certaine conception de l'ordre public que les personnes morales voient leur aptitude administrative mesurée sur leurs fonctions et qu'elles ne dépassent pas la sphère d'activité que leur ont tracé à l'avance les lois ou leurs statuts (1). » Il y a là une véritable pétition de principe : autrement dit la règle de la spécialité existe, parce qu'elle plaît à l'administration : *quia nominor leo*.

On a dit aussi que c'était l'application aux êtres moraux du principe économique de la division du travail. C'est encore un prétexte ! En réalité, le principe de la spécialité, comme l'a fait remarquer

(1) Henri Ripert. *Principe de la spécialité chez les personnes morales du droit administratif*. Thèse Paris, 1906. L'auteur ne voit d'ailleurs dans la spécialité qu'une règle de police administrative qui ne s'impose pas aux tribunaux, *Contrà* : M. Vignon. Thèse Paris.

M. Planiol, est fondé sur une idée de suspicion et non pas sur le principe de la division du travail (1). Si on parcourt les espèces où la jurisprudence eut à se prononcer, on voit dans tous les cas de fondations scolaires ou charitables, que la règle de la spécialité fut une machine de guerre dressée par l'administration et les bureaux de bienfaisance contre les menses épiscopales et les conseils de fabrique.

Quoi qu'il en soit, la spécialité n'est pas une règle du droit civil (2). Pour les tribunaux civils, la capacité de la personne est en principe illimitée (art. 1123 du Code civil). Ils n'ont pas à appliquer la règle de la spécialité : ils doivent repousser toute demande intentée de ce chef par des héritiers, contre des legs faits à des établissements d'une vocation prétendue limitée. C'est dans ce sens, d'ailleurs, que furent rendues plusieurs décisions judiciaires (3).

En résumé, le système de la reconnaissance d'utilité publique procède directement de l'absolutisme. Il rappelle l'impertinence suprême de l'ancien régime à l'égard des personnes : le prince ignore les hommes ; il ne les connaît que du jour où sa faveur leur donne l'existence : tout leur droit réside dans les brevets qu'il distribue, car tel est son bon plaisir.

(1) Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, n° 2923 et note dans D., 95, 1, 273.

(2) Aubry et Rau, t. I, p. 190.

(3) Cass., 18 mai 1852, S., 52, 1, 524 ; — Cass., 31 janvier 1893, S., 93, 1, 343 — et Amiens, 16 février 1893, S., 93, 2, 253.

SECTION IV. — **L'action en révocation et l'article 900**

La fondation ne reste pas abandonnée par le fondateur : lui et ses ayants cause, héritiers ou légataires, conservent sur elle un droit virtuel qui suit le patrimoine fondatif ; c'est l'action en révocation pour inexécution des charges et conditions. Le Code civil l'a prévue dans les articles 953 et 954, mais on peut dire que c'est une application spéciale aux donations du principe plus général de l'article 1184.

L'article 953 comme l'article 1184 s'imposent : pour tous les contrats il y a là un règle de bonne foi ; pour la fondation nous y trouvons un sauvegarde.

Au moment où le fondateur aliène le fonds, il n'a pas en vue les bénéficiaires éventuels et indéterminés de la fondation, le résultat purement matériel de son acte, il désire surtout voir mettre en œuvre une pensée à laquelle il attache son souvenir ; il ne se doute certainement pas qu'il va livrer au régime de la propriété collective, comme certains voudraient le prétendre, ce patrimoine érigé en une institution, qui apparaît bien plutôt comme l'exaltation la plus belle et la plus forte de la propriété privée.

Aussi le fondateur laisse-t-il des gardiens de sa pensée. Ces gardiens, la loi les arme de l'action en révocation, signe du droit de la famille et garantie du droit de la fondation. A ce titre, la liberté du fonction-

nement de la révocation sera chère aux défenseurs de la thèse de droit privé. Les administrateurs, peu respectueux de la volonté du défunt, seront toujours menacés par la mise en mouvement d'une action qui assure l'exécution parfaite du legs fondatif et leur rappelle le droit latent des héritiers.

On pourrait croire que ce mécanisme précieux de l'article 954 va jouer chaque fois qu'il y aura violation d'une des conditions imposées par l'auteur, de sorte que son œuvre demeure pure de toute altération contraire à ses désirs. Malheureusement l'action rencontre parfois un obstacle à son exercice : c'est l'article 900.

L'auteur ou l'héritier qui demande à une personne morale les biens reçus par elle à charge de fondation, parce qu'elle n'exécute pas telles conditions du legs, peut être repoussé par application de l'article 900 aux termes duquel « les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux bonnes mœurs seront réputées non écrites. » On aperçoit tout de suite le caractère exorbitant de cette disposition : nous serions en face de tout autre contrat vicié par une condition impossible ou illicite, nous lui appliquerions l'article 1172 : toute condition impossible ou contraire aux bonnes mœurs ou prohibée par la loi, est nulle et rend nulle la convention qui en dépend ; mais les donations et testaments ne subissent pas cet effet normal ; elles resteront valables quand même : la loi entend les purger de leurs vices.

Si l'on cherche les motifs de l'article 900, on les trouve aisément dans le texte qui l'a précédé avant le Code civil : la loi des 5-12 septembre 1791, avait été édictée dans la crainte « que la haine de la Révolution ne se cachât sous la forme de la volonté des mourants ou de la générosité des donateurs » (1). Grâce à ce texte libérateur, les donataires ou légataires pouvaient mépriser les volontés du défunt exprimées sous forme de condition, et garder les biens pour eux sans avoir à redouter les actions des héritiers. L'article 900 est donc une loi politique. Est-il besoin de faire remarquer qu'il devrait disparaître du Code civil ? Les bases essentielles de la société moderne sont aujourd'hui bien établies ; on peut négliger cette protection vexatoire : l'article 900 ne sert plus qu'à aviver les passions politiques et religieuses dans des domaines qu'il convient de laisser à la liberté de chacun. Il est particulièrement gênant pour la fondation. On a bien fait remarquer, il est vrai, que l'ancien droit canon qui régissait les fondations, avait connu un texte analogue. Tiraqueau dit : « *Dispositio ad pias causas non vitiatur ob conditionem impossibilem quam testator putat possibilem* » (2). Mais l'esprit qui avait fait introduire cette disposition était tout différent : elle était considérée

(1) Voir discours de Barrère, cité par Planiol, *op. cit.*, t. III, p. 713, n° 3029.

(2) *Septuagesimum quintum privilegium Andreae Tiraquelli regii incuria parisiensi senatoris, tractatus varii*. Lugduni, 1574, p. 501.

comme favorable aux fondateurs et appliquée dans le dessein de donner effet à leurs legs pieux malgré les nullités ; on cherchait à interpréter la volonté du défunt pour lui donner le plus d'effet possible. L'article 900, au contraire, comme l'histoire nous le révèle, est là pour corriger la volonté d'un testateur récalcitrant qui ose mettre sa fortune au service de ses idées.

C'est ici qu'il convient alors d'admirer l'effort de la jurisprudence, qui a su trouver pour les fondations, guidée et soutenue par le jurisconsulte Labbé, une voie juridique sûre à l'abri de l'article 900 ; nous voulons parler de la théorie de la cause impulsive et déterminante.

La question se posait à propos des écoles congréganistes : les communes avaient reçu de nombreux legs à condition d'entretenir des écoles dirigées par des frères ou des sœurs ; les lois du 18 juillet 1837 et du 15 mars 1850, ayant attribué au Préfet le droit de placer à la tête de l'école, un clerc ou un laïc, beaucoup de communes prétendirent dans cette dernière hypothèse que la condition imposée par le testateur était illicite et par conséquent non écrite, elles entendaient garder les biens sans leur donner l'affectation prévue par le défunt. Mais la crise devient particulièrement aiguë après la loi du 30 octobre 1886 qui interdisait aux communes d'entretenir ou de subventionner les écoles congréganistes, rien de plus juste,

de plus raisonnablement conforme au principe de la neutralité que doivent observer les pouvoirs publics. Mais ce qui est intolérable, c'est que les communes puissent distraire les deniers fournis par les fondateurs au profit d'une institution nouvelle qui répugnait à la conscience de ceux-ci. L'article 900 prenait un caractère odieux : il fallait faire rendre par les communes les biens reçus de la famille.

La Cour de Cassation, dans un premier arrêt du 3 juin 1863, déclare « constant que la nullité d'une condition contraire à la loi entraîne la nullité de la donation à laquelle elle est jointe, s'il est reconnu, comme dans le litige actuel, que la condition a été la cause impulsive et déterminante (1) ». M. Labbé développe la formule sous les arrêts d'Aix, du 25 février 1880, et de Nîmes, du 11 juillet 1881 (2). La donation avec charge s'analyse en une intention libérale et l'adjonction d'une condition déterminée : « Or, la volonté du propriétaire qui se dépouille librement et y met une condition est respectable. Il est raisonnable de présumer que l'esprit de libéralité l'emporte sur le désir de l'accomplissement d'une charge qui ne fait que restreindre le montant de la valeur donnée. Mais cette présomption doit céder à la preuve irréfutable que le donateur n'a pas eu d'autre pensée en

(1) Cass., 3 juin 1863, S., 64, 1, 269.

(2) S., 82, 2, 97 et avant Cass., 20 nov. 78, S., 79, 1, 443.

faisant la donation que celle d'arriver à l'exécution de l'emploi par lui assigné aux valeurs par lui données ». Examinant alors la fondation qu'il considère comme une espèce intermédiaire entre les donations avec charge et les actes à titre onéreux, M. Labbé fait la remarque que « l'intention libérale porte plus loin que dans les cas ordinaires : le fondateur a en vue une certaine instruction, une certaine charité ; tel est son but principal, là est la cause première, la cause initiale de la disposition ». Et il conclut « que l'article 900 n'a rien à faire ici » ; ce que l'on prend pour une condition est une cause qui consiste dans un fait successif destiné à se prolonger dans le temps.

D'ailleurs le procédé n'est plus à justifier : il a été adopté par toute la jurisprudence (1).

Il est combattu par Laurent, approuvé par Aubry et Rau et par M. Planiol (2).

(1) Cass., 8 août 81, S., 82, 1, 153 ; — Douai, 10 juin 1884, S., 86, 2, 172 ; — Cass., 27 juillet 83, S., 84, 1, 305 note Labbé ; — Cass., 8 juillet 85, S., 88, 1, 16 ; — Cass., 3 novembre 86, S., 87, 1, 241 ; — Cass., req., S., 87, 1, 151 ; — Cass., 22 juin 87, S., 87, 1, 247 ; — Cass., 19 mars 1884, S., 85, 1, 49 ; — Angers, 30 mai 84, sous Cass., S., 89, 1, 99 ; — Cass., 18 juin 89, S., 89, 1, 145 ; — Cass., 6 février 88, S., 88, 1, 158 ; — Trib. Orange, 11 décembre 88, S., 89, 2, 196 ; — Cass., req., 29 juillet 89, S., 90, 1, 104 ; — Pau, 21 février 89, S., 89, 2, 153 ; — Toulouse, 16 juillet 89, S., 91, 2, 73 ; — Paris, 3 juillet 90, S., 91, 2, 74 ; — Montpellier, 2 février 91, S., 91, 2, 191 ; — Cass., 7 mars 1893, S., 94, 1, 161 ; — Dijon, 30 juin 1893, S., 94, 2, 185 ; — Cass., 26 mai 94, S., 96, 1, 129 ; — Lyon, 1^{re} février 94, S., 94, 2, 165 ; — Cass., 20 février 95, S., 97, 1, 211 ; — Cass., 4 novembre 90, S., 91, 1, 497 ; — Trib. de Lyon, R. O. D., 1909, p. 53.

(2) Aubry et Rau, VII, § 692, n° 6 ; — Planiol, t. III, n° 3045,

Mais si nous avons tenu à représenter à nouveau la charpente de cette construction juridique, c'est parce que nous croyons y voir un résultat de la tendance du droit privé dans les fondations. Contrairement aux désirs d'une certaine école, on reconnaît parfaitement dans cette jurisprudence le respect de la volonté individuelle, et même, comme les traces d'une fouille pour la recherche des premiers linéaments de cette volonté. Nous savons bien que des objections graves ont été faites au système, sur ce terrain du droit civil où nous voudrions nous cantonner. M. Geouffre de Lapradelle a dit que cette formule dénaturait la vraie théorie de la cause et il fait observer que l'on confond la cause avec le motif. Nous sommes de ceux qui pensent avec M. Planiol, que la volonté de donner considérée d'une manière abstraite et indépendamment des motifs qui l'ont fait naître n'est qu'une conception vide de sens(1). A la vérité, si l'on tient absolument à isoler une volonté libérale, indépendamment des vœux particuliers qui l'accompagnent, on est toutefois obligé de reconnaître que dans la fondation, il y a toujours une *volonté qualifiée*. C'est l'essence même de la fondation,

Taine n'aurait-il pas eu l'intuition de la théorie de la cause impulsive et déterminante quand il dit : « Si dans l'institution primitive, plusieurs clauses accessoires et particulières deviennent caduques, il est une intention générale et principale qui manifestement reste impérative et permanente, celle de pourvoir un service distinct, charité, culte, instruction ». *Origines, la Révolution*, t. I, p. 261.

(1) Planiol, t. II, n° 1038, 3°.

c'est par là qu'on a pu y voir un acte à titre onéreux⁽¹⁾ : la condition imposée au légataire a un caractère si capital dans l'opération qu'elle ressort comme une prestation équivalant à la remise de fonds gratuite⁽²⁾.

M. de Lapradelle critique la jurisprudence mais veut tout de même parvenir, au moyen de l'analyse, à écarter l'article 900. « Il n'est pas permis, dit-il, de distinguer ici le legs de la charge... La fondation est ainsi construite que la charge et la libéralité ne font qu'un ; la jurisprudence a raison de soustraire les fondations à l'article 900... seulement, au lieu de s'inspirer de la théorie de la charge-cause, il serait plus exact, plus conforme aux principes, plus en rapport avec la nature de l'acte de la fondation de le faire par la théorie de la charge-objet⁽³⁾ ». Nous sentons bien la nuance ; mais M. de Lapradelle nous semble trop exigeant : il faut tenir compte de la manière dont l'affaire en litige est soumise au juge. En réalité l'acte ne lui est jamais présenté sous la catégorie déterminée de la fondation, mais le plus souvent, comme une donation affectée de nombreuses conditions : le juge est obligé de faire un départ entre ces diverses conditions, de se livrer à l'examen

(1) V. Ravier du Magny, *Le contrat de fondation*. Thèse Grenoble, 1894.

(2) M. Bartin paraît adopter une idée semblable dans sa *Théorie des conditions illicites, impossibles ou contraires aux mœurs*. Paris, 1887.

(3) G. de Lapradelle, *op. cit.*, p. 291.

de leur valeur, d'estimer à quel degré d'intensité dans la volonté, elles s'élèvent. Quand il a terminé son travail et qu'il doit répondre dans son arrêt ou dans son jugement, aux conclusions du département ou de la commune affirmant que les clauses de la donation sont des conditions illicites, il ne peut pas déclarer brutalement que ces conditions constituent l'objet. La doctrine seule peut se permettre une formule aussi lapidaire. Le juge, lui, qui tranche une question de conditions, variable suivant les espèces, agira avec prudence, et placera, dans la hiérarchie juridique, la condition la plus importante au rang de *l'objet*, mais en l'ornant d'adjectifs. Il dira que c'est une condition impulsive et déterminante, une condition substantielle, etc. Ainsi la jurisprudence, par ses tours ingénieux, par ses formes voilées, réalise lentement les rêves des juristes.

On nous fera peut-être observer que notre respect scrupuleux de la volonté du testateur aboutit à l'anéantissement de la fondation, puisqu'en traversant les défilés de l'article 900, nous faisons rentrer son patrimoine dans la famille. Certes ! mais d'où vient le mal ? Nous répondrons par notre *delenda Carthago* qu'il vient des personnes morales publiques qu'on veut nous imposer comme uniques supports des fondations et qui sont justement impropres à accomplir certaines charges d'ordre politique ou religieux.

CHAPITRE III

CONSÉQUENCES QUANT A L'INTERPRÉTATION DE LA LOI DU 13 AVRIL 1908

Nous ne saurions avoir la prétention d'entreprendre ici un commentaire de la loi du 13 avril 1908 sur la dévolution des biens ecclésiastiques, ni même un exposé de la jurisprudence qui l'a suivie, après les remarquables travaux de MM. Taudière et Rivet (1). Nous voudrions simplement indiquer certains points d'interprétation que la jurisprudence a tranchés sous l'influence d'une conception doctrinale soit de droit privé, soit de droit public, sur la nature des fondations.

Mais rappelons brièvement les données du litige. La loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Eglises et de l'Etat, instituait des associations cultuelles d'un

(1) Henry Taudière, *La loi du 13 avril 1908 sur la dévolution des biens ecclésiastiques*. Paris, Pédone, 1908 ; — Auguste Rivet, *Etude théorique et pratique des actions en révocation et en résolution*, 1907 ; — Adde : *Les libéralités grevées de charges et les fondations pieuses sous l'empire de la loi du 13 avril 1908*, par Maurice Archambault. Thèse Paris, 1909 ; — Dejust, *les Fondations de messes*. Paris, thèse 1908, et les nombreuses notes de MM. Jouarre et Ravier du Magny dans la R. O. D., 1908-1909-1910.

type privilégié, appelées à recueillir le patrimoine des anciens établissements ecclésiastiques. L'église repoussa le mode d'organisation offert par la loi : les biens devaient être dévolus aux établissements communaux d'assistance et de bienfaisance. Toute action en reprise devait être exercée dans un délai de 6 mois et seulement par les auteurs et leurs héritiers en ligne directe. De nombreuses actions furent dirigées contre l'Enregistrement pris en qualité de sequestre : les biens des établissements ecclésiastiques contenaient en effet beaucoup de patrimoines spéciaux affectés au service des fondations, et les héritiers des fondateurs, en présence du défaut d'exécution des charges par l'administration, venaient agir en révocation dans les termes de droit commun. Les défenseurs de l'Enregistrement soutinrent cette thèse que l'action en reprise, bornée par la loi de 1903, avait absorbé en elle toutes les actions de droit commun : cette interprétation n'eut qu'un faible écho dans les tribunaux qui répondirent en appliquant les règles du Code civil. C'est alors que le Garde des Sceaux, M. Briand, dont l'interprétation était contredite par de très nombreuses décisions judiciaires, fit voter, malgré la plus vive résistance, la loi interprétative du 13 avril 1908 (1). La loi, dans une formule impérative et très générale, déclarait à l'art. 2

(1) V. sur l'histoire de cette jurisprudence : Archambault, *op. cit.*, n° 44-56.

modifiant l'ancien article 7 que « toute action en reprise, qu'elle soit qualifiée en revendication, en révocation ou en résolution, concernant les biens dévolus en exécution du présent article, est soumise aux règles prescrites par l'article 9 », c'est-à-dire réservée aux seuls héritiers en ligne directe ou donateurs, et limitée à 6 mois.

L'opportunité de la loi du 13 avril 1908, est très discutable (1).

Elle a exproprié sans indemnité les fondateurs et leurs familles. Taine avait jugé cette attitude : « En tous les cas, si l'Etat les exproprie, eux et les autres corps ecclésiastiques, ce n'est pas lui qui peut revendiquer leur dépouille. Il n'est pas leur héritier et leurs immeubles, leur mobilier, leurs rentes ont par nature sinon un propriétaire désigné, du moins un emploi obligé. Accumulé depuis quatorze siècles, ce trésor n'a été formé, accru, conservé qu'en vue d'un objet. Les millions d'âmes généreuses, repentantes ou dévouées qui l'ont donné ou administré, avaient toute une intention précise. C'est une œuvre d'éducation, de

(1) Elle a été critiquée par les hommes les plus éminents de tous les partis : Edmond Picard, sénateur socialiste, MM. Labori et Chaigne, le garde des sceaux actuel, M. Théodore Girard qui, combattant une « loi qui blesse les notions les plus élémentaires de la justice et du droit », s'est élevé « contre l'excès de pouvoir et la raison politique ». Séance du Sénat du 7 avril 1908. *Officiel*, p. 354 ; — Voir aussi les discours de MM. Jenouvrier, de Lamarzelle, Boivin-Champeaux et Maurice Barrès.

bienfaisance, de religion et non une autre œuvre qu'elles voulaient faire. Il n'est pas permis de frustrer leur volonté légitime. Les morts ont des droits dans la société, comme les vivants ; car cette société dont jouissent les vivants, ce sont les morts qui l'ont faite et nous ne recevons leur héritage qu'à la condition d'exécuter leur testament » et il ajoute plus loin : « Sur ce tas d'or sont des titres authentiques qui en constatant sa provenance, fixent sa destination et votre seule affaire est de veiller pour qu'il soit remis à son adresse (1). »

Les établissements communaux vont donc garder les biens provenant des donateurs et en changer libre-

(1) *Origines : Révolution*, t. I, p. 261. Un interprète autorisé, M. Constans, député socialiste, nous a fait entendre les conséquences redoutables de la loi du 13 avril 1908 : « Mes amis et moi nous voterons le projet parce qu'il porte atteinte à la propriété, en faveur de l'intérêt public et sans indemnité. Nous le voterons, non pas uniquement pour suivre la majorité dans son œuvre anticléricale, mais parce que nous nous servirons du vote de cette loi, comme d'un précédent pour nous.

« Le projet de loi, qu'on le veuille ou non, porte atteinte à la liberté des testateurs. Au nom de l'intérêt général, il porte une atteinte à la propriété individuelle de ceux qui ont disparu. Il diminue incontestablement le droit de tester accordé jusqu'ici par le Code civil. C'est une expropriation partielle d'une propriété privée au profit d'une collectivité. Nous voterons ce projet de loi parce que nous espérons que ni de ces bancs, ni de ceux-ci, on ne viendra plus nous dire que les collectivistes sont des utopistes... ce que nous réclamons tous les jours, vous le faites dans votre projet de loi au profit d'une collectivité restreinte ; vous déchirez le Code civil, vous supprimez en partie le droit d'héritage : nous sommes avec vous ». *Et nunc erudimini.*

ment la destination : l'action qui reste aux héritiers est une action *ex lege* offerte, selon le Ministre des Cultes, comme simple mesure d'équité : à première vue, devant la rédaction de la loi de 1908 qui semble avoir prévu tous les cas, une recherche de la nature de l'action paraît inutile. Deux difficultés se sont néanmoins présentées dans la jurisprudence : l'hypothèse de la condition résolutoire expresse prévue par le testateur, d'une part, le caractère d'indivisibilité de l'action en révocation, d'autre part, ont obligé les tribunaux à prendre parti sur la nature de l'action de la loi de 1908.

A. — Le premier cas suppose un legs fait à une fabrique à charge de fondation de messes, ou encore legs d'un immeuble à une commune à charge de l'affecter comme presbytère au logement du curé de la paroisse ; mais le testateur se méfiant de l'avenir et peu rassuré sur la stabilité des institutions, insère dans son testament une condition spéciale : il déclare par exemple d'une manière expresse : « Que son legs sera annulé dans le cas où, par suite d'une législation nouvelle, la fabrique serait dans l'impossibilité d'exécuter la charge » et il ajoute encore que dans cette éventualité les biens donnés feront retour de plein droit à la famille.

L'administration de l'Enregistrement a soutenu que les termes très généraux de la loi du 13 avril 1908, englobaient même cette hypothèse et elle a conclu au débouté des héritiers collatéraux revendiquants.

Les héritiers ont répondu qu'ils agissaient ici en vertu d'une clause résolutoire expresse qui échappait à la loi restrictive et restait fondée sur l'article 1183 du Code civil. De nombreux arrêts ont en effet constaté que « cette condition opère de plein droit du jour de son avènement et entraîne la révocation, indépendamment de toute sommation ou demande en justice ; quelle fait rentrer les biens légués dans le patrimoine de la succession du testateur ; que les demandeurs peuvent donc exercer leur action à titre d'héritiers et revendiquer l'objet du legs comme s'il n'avait jamais appartenu à la fabrique (1). » On peut dire, en effet, que le revendiquant armé d'une semblable clause insérée dans un testament n'a pas même besoin de faire appel à la loi : son action a une source contractuelle : or la loi de 1908 a peut-être borné l'action en révocation du droit commun, mais elle n'a pu toucher aux actions incluses dans les contrats et qui tirent directement leur force de la volonté formelle de l'homme. La condition échue ayant d'autre part un effet rétroactif, les biens sont juridiquement dans le patrimoine des héritiers : leur action n'est pas l'action en révocation, en revendication, ni même en résolution ; cette dernière protège, en effet, la condition résolutoire sous-entendue, celle dont traite parti-

(1) Motifs de l'arrêt de la Cour de Bourges du 11 janvier 1910, S., 1910, 2, 203.

culièrement l'article 1184 ; or, nous sommes en face d'une condition résolutoire expresse, celle de l'article 1183 : elle entraîne la nullité de plein droit de la fondation. Ce que nous demandons proprement, en justice, c'est la restitution d'un bien détenu par celui qui n'en est plus le propriétaire : le juge n'a pas à prononcer la résolution, il n'a qu'à la constater (1). L'action intentée par le collatéral n'est pas l'action de son auteur, c'est une action qui lui appartient en vertu du contrat. Tel est le point de vue juridique très précis auquel se sont posées notamment les Cours d'Amiens et de Bourges (2).

(1) Aubry et Rau, 5^e édit., t. IV, § 302, p. 125. La Cour de Douai dit « qu'il ne s'agit pas d'une clause résolutoire sous-entendue dans un contrat synallagmatique, mais bien d'une clause résolutoire expresse, qui opère de plein droit, le juge n'intervenant, en cas de contestation, que pour constater si la condition est accomplie ».

(2) Voici le relevé de la jurisprudence favorable à cette interprétation : Amiens, 15 déc. 1908, S., 1909, 2, 81, note de M. A. Tissier. R. O. D., 1909, 83 ; — Trib. Montargis, 18 mai 1909, R. O. D. 1909, 349 ; — Cour de Riom, 10 juin 1909, S., 1910, 2, 203 ; R. O. D., 1910, 212 ; — Cour de Rennes, 15 juin 1909 (*communiqué*) ; — Trib. Vervins, 10 juillet 1909 ; R. O. D., 1909, 583 ; — Trib. Domfront, 11 nov. 1909 ; R. O. D., 1910, 85 ; — Trib. Mans, 8 janvier 1910 ; R. O. D., 1910, 121 ; — Cour de Bourges, 11 janvier 1910, S., 1910, 2, 203 ; R. O. D., 1910, 86 ; — Trib. de Bourgoin, 13 avril 1910 ; R. O. D., 1910, 210 ; — Cour de Rennes, 26 avril 1910, S., 1910, 2, 203 ; R. O. D., 1910, 239 ; — Cour de Douai, 20 juillet 1910 ; *Gazette des Tribunaux*, n° du 20 juillet 1910 ; — *Contrà* : Cour de Rouen, 19 juin 1909 ; *Recueil Gazette du Palais*, 1909, 2, 341 ; — Cour de Chambéry, 2 juin 1909 ; R. O. D., 1909, 363 ; — Cour de Dijon, 8 juin 1910, S., 1910, 2, 204 ; — Cour de Nîmes, 25 avril 1910, S., 1910, 2, 143 ; — Trib. de Toulouse, 3 février 1910 ; *Gazette des Tri-*

La Cour de Dijon, dans son arrêt du 8 juin 1910, n'a pas admis cette différence entre la résolution de plein droit de l'article 1183 et la résolution judiciaire de l'article 1184 : « Que sans doute, suivant que l'acte de donation renferme ou non une clause résolutoire et une disposition éventuelle en sa faveur, la démonstration qui lui incombe de faire sera plus ou moins complexe et difficile ; mais que de toute façon la demande aura pour objet la remise entre ses mains de biens antérieurement donnés à des tiers. » Pour la Cour, il n'y aurait qu'une facilité plus ou moins grande dans l'administration de la preuve. L'arrêt objecte aussi que le but est le même ; certes, mais ce n'est là qu'une considération d'ordre matériel. Ce qui importe, c'est la nature juridique de l'action ; le Code a procédé graduellement dans les articles 1183 et 1184. Dans l'article 1183, il donne une définition de l'institution de la condition résolutoire avec ses effets absolus ; dans l'article 1184, il en accorde spécialement le bénéfice tacite à certains contrats, les contrats synallagmatiques, mais avec des effets réduits.

Mais l'administration déserte ce terrain de discussion : elle élève le débat et pour triompher, elle entend faire table rase de tout le droit civil en matière

bunaux, 7 avril 1910. La note anonyme qui suit dans S., 1910, 2, 203, les arrêts de Bourges, Rennes et Riom cite à tort comme se rapportant à la question de la condition résolutoire. Cass. req., 3 nov. 1909. S., 1910, 1, 36.

de fondation. Les quelques arrêts qui admettent ce système, déclarent, comme celui de la Cour de Chambéry, « que la base juridique de cette loi était, comme l'a dit M. Briand, le droit absolu pour l'Etat de disposer du patrimoine des établissements publics du culte, que c'est par pure faveur que l'action en reprise a été concédée aux auteurs des fondations et à ceux qui continuent leur personne », ou croient respecter l'esprit du législateur comme celui de la Cour de Nîmes lorsqu'elle affirme « que le législateur s'est manifestement inspiré de la thèse juridique soutenue par M. le Ministre de la Justice et des Cultes, suivant laquelle les fondations faites avec l'autorisation de l'Etat en faveur des établissements publics du culte, étaient soustraites, à raison de leur destination perpétuelle, à l'application des règles ordinaires du droit civil, pour être régies par les principes du droit public » (1).

La Cour de Bourges, dans son arrêt du 11 janvier 1910, nous paraît avoir remis les choses au point à cet égard : « Considérant qu'il n'y a point à tirer argument d'une théorie développée au cours de la discussion des lois de 1905 et de 1908 d'après laquelle ce patrimoine des fondations étant régi uniquement par le droit public, la suppression des fondations n'autorisait que l'exercice des actions concédées par la

(1) Arrêts de Chambéry et de Nîmes précités.

loi ; qu'on lui a opposé l'autre théorie d'après laquelle les fondations sont des contrats de droit civil, sanctionnés par l'Etat, mais qui restent soumis au droit commun, dans la mesure où il n'y a pas été dérogé par la loi de suppression ; qu'en définitive la loi de 1908 a été votée sans que le Parlement ait été appelé à prendre parti et à consacrer aucune de ces théories juridiques dans un texte formel ». M. le professeur Tissier, dans sa savante note sous l'arrêt d'Amiens, qui paraît avoir eu une grande autorité sur tout ce courant de jurisprudence, avait déjà dit « qu'on n'objecte pas qu'il s'agit d'une fondation soumise au seul droit public ».

Les tribunaux se sont inspirés de l'esprit de la loi, non pas en souscrivant aux affirmations doctrinales du Ministre des Cultes, mais en relevant l'argument dont il a souvent fait usage pour emporter le vote de la loi auprès de la majorité de l'Assemblée : il a dit et répété, en effet, qu'il voulait faire respecter la volonté des fondateurs, rendre aux biens leur affectation charitable par la dévolution aux établissements communaux d'assistance, plutôt qu'en les restituant aux héritiers. Il a donc eu, dans une certaine mesure, la prétention d'établir dans sa loi, une présomption de volonté du testateur : or, cette présomption est démentie, lorsque le défunt lui-même prescrit le retour aux héritiers. Dans la séance du 17 décembre 1907, M. Briand dit que « la volonté première du testateur,

a été de faire sortir un bien déterminé de sa famille, sa volonté seconde a été de le diriger vers un certain but ». En suivant la pensée du Ministre, dans son analyse de la volonté du testateur, il faudrait ajouter alors, que ces deux actes de volonté sont conditionnés l'un par l'autre, et complétés par un troisième qui serait le désir du retour à la famille. C'est d'ailleurs ce que lui a dit ou à peu près, M. Lefas, dans sa réponse à la même séance : « En tous cas, il est évident que le raisonnement de M. le Ministre qui suppose que le testateur a simplement voulu frustrer ses héritiers, ne tient pas, dans le cas où le testateur a stipulé expressément que le capital de la fondation revient à ses héritiers en cas d'inexécution. Voilà un premier point acquis. J'espère que la jurisprudence en tiendra compte » (1). Le Ministre n'a pas répondu.

L'esprit d'une loi n'est pas uniquement dans les déclarations de principe du ministre qui la soutient, ou du rapporteur qui la propose ; il est aussi bien dans l'accueil fait aux amendements de l'opposition, dans les réponses données aux discours de ses orateurs et surtout parmi ces idées qui flottent dans l'ambiance morale d'une assemblée : or, le Parlement n'a certainement pas voulu porter atteinte au Code civil et aux situations spéciales créées par les contrats ; il a voulu diminuer le nombre des procès, c'est-à-dire, de toutes

(1) Chambre des Députés, 17 décembre 1907, p. 2534.

les actions qui résultent de l'inexécution des charges, pure et simple, sans préjudice des stipulations particulières. Il a corrigé le droit commun ; il ne l'a pas supprimé.

B. — Le même conflit entre les deux thèses se présente à propos du caractère de divisibilité ou d'indivisibilité de l'action intentée sous l'empire de la loi de 1908 (1).

On sait que d'une façon générale, l'action en révocation contre une donation pour inexécution d'une charge ou condition est indivisible lorsque l'objet de la charge est lui-même indivisible. Selon l'expression de Labbé, « la donation doit être rendue pour part indivise aux héritiers du donateur, soit à un seul des héritiers, préoccupé seul du respect de la volonté du défunt » (2). Nous remarquerons tout de suite le rapport entre l'indivisibilité de l'action qui en domine l'exercice, et la cause juridique qui est à sa base. Que l'action change de nature, et prenne un caractère pécuniaire, elle devient par là même divisible.

La question, d'après la loi de 1908, se pose alors dans les termes suivants :

Si on adopte la théorie de la circulaire du Directeur

(2) Voir dans R. O. D., Auguste Rivet, *Divisibilité des actions en reprise et en révocation*, 1908, 766. Mais beaucoup d'arrêts sont intervenus depuis cette étude.

(1) Cour de Toulouse, 16 juillet 89, S., 91, 2, 73, note Labbé ; — Paris, 3 juillet, 90, S., 91, 2, 74.

général de l'Enregistrement du 23 octobre 1908, si on estime que le législateur de 1908 a créé une action spéciale et nouvelle au profit de personnes déterminées, se substituant à toutes les actions en révocation et indépendante de l'exécution ou de la non-exécution de la charge, en un mot une action de droit public, on doit admettre la divisibilité et n'autoriser chacun des héritiers à agir qu'à concurrence de sa part héréditaire.

Si on estime, au contraire, que le législateur de 1908, a borné les effets de l'action en révocation de l'article 953 et que, sans déroger aux principes généraux, il a voulu seulement rétrécir le champ du droit civil, qu'enfin il a maintenu en la limitant, l'action du droit privé, il faut admettre alors l'indivisibilité et adjuger tout le bénéfice de ses conclusions au co-héritier qui agit pour l'intégralité de la donation.

C'est ce dernier système qui a été adopté par la jurisprudence dans le plus grand nombre des décisions recueillies (1). Les premiers arrêts ne paraissent même pas mettre la question en doute et invoquent l'article

(1) Trib. d'Abbeville, 5 août 1908, S., 1908, 2, 231, avec note de M. Tissier ; — Trib. de Fontenay-le-Comte, 13 nov. 1908 ; R. O. D., 1909, 23 ; — Cour Rennes, 13 juin 1909 ; R. O. D., 1909, 366 ; — Trib. Wassy, 18 mars 1909 ; R. O. D., 1909, 403 ; — Cour de Caen, 31 juillet 1909 ; R. O. D., 1909, 468 ; — Cour Bourges, 20 avril 1909, S., 1909, 2, 72 ; R. O. D., 1909, 505, et Cour de Bourges, 22 février 1910 ; R. O. D., 1910, 317 ; — Cour Paris, 20 juillet 1910 ; R. O. D., 1910, 499 ; — Trib. d'Yvetot, 29 juillet 1910 ; R. O. D., 1910, 527 avec consultation de M. le professeur Tissier. *Contrà* : Dijon, 15 mars 1909 ; R. O. D., 1909, 347.

1224 du Code civil, mais après la circulaire de l'Enregistrement, on se trouve en face d'une thèse nettement exprimée. La Cour de Bourges, dans son premier arrêt du 20 avril 1909, y répond directement : elle constate que les principes de la circulaire se déduisent d'une certaine théorie soutenue au Sénat : « Que d'après cette théorie, les fondations rentrent dans le droit public, que leur suppression rend caduques les stipulations dont elles sont assorties et laisse à la disposition de l'Etat comme bien vacants et sans maître, les propriétés et valeurs sur lesquelles elles reposent ; qu'assurément dans cet ordre d'idées l'action en reprise n'a été qu'une concession bénévole du législateur et que pour son exercice il n'y a pas à envisager autre chose que l'objet même de l'action ; mais considérant qu'il n'est point certain que cette théorie ait rencontré l'assentiment unanime des partisans de la loi ; qu'elle a été combattue au nom des principes du droit commun dérivant du Code civil ». L'auteur de la note anonyme qui suit cet arrêt dans le *Sirey*, dit qu'il ne faut pas confondre la loi avec les arguments donnés par quelques-uns de ses défenseurs pour la justifier. M. Tissier, dans sa savante consultation produite devant le tribunal d'Yvetot, s'exprime d'une manière absolument identique. Enfin, la Cour de Paris résume la tendance de son arrêt dans une formule qui doit nous servir de guide : « Considérant que les lois précitées ont donc simplement restreint

l'exercice de l'action en revendication, révocation et résolution *sans en modifier la nature juridique* ». N'est-ce pas aussi l'idée implicitement admise par la Cour de Cassation dans son arrêt du 6 décembre 1909, statuant sur une autre espèce (1). « Attendu que cette disposition (article 9 § 3 de la loi du 9 décembre 1905) avait été édicté uniquement en vue de fixer le point de départ de la prescription spéciale applicable *aux actions de cette nature* et qu'elle n'avait point pour but, ni pour résultat d'ajourner jusqu'à la dévolution des biens l'exercice du droit des demandeurs ; attendu que *l'action en résolution* accordée par *l'article 1184* peut être intentée dès le moment où il est constant que la charge qui a grevé le contrat n'est pas exécutée ». La Cour suprême établit donc une différence entre l'action en reprise qui existe en dehors de toute exécution ou non-exécution et l'action en résolution de droit commun, restreinte par la loi de 1908. Elle admet la dualité. Pour elle, le droit commun, bien que diminué, a tout de même survécu.

A la vérité, réussite de l'action en reprise en cas de condition résolutoire expresse, caractère d'indivisibilité d'action après 1908, les deux questions sont solidaires. Tout ce problème de jurisprudence est essentiellement théorique. La Cour de Paris l'a très bien indiqué, quand elle a dit que la nature juridique de

(1) Cass. civ., 6 déc. 1909, *Gazette des Tribunaux*, 17 déc. 1909 ; R. O. D., 1909, 733.

l'action n'avait pas été modifiée : c'est la seule idée qui permette de trancher le conflit en faveur de la thèse libérale et que la Cour de Cassation peut adopter en respectant le texte de la loi de 1908, sans en altérer l'esprit général, tel qu'il résulte de l'ensemble des délibérations du Parlement. Seuls, les héritiers élus en vertu d'une condition particulière peuvent agir : la prescription de l'action est rapide mais, malgré ces entraves, ils conservent leur qualité juridique et morale : ils restent les gardiens de la pensée du défunt.

TITRE III

LA FONDATION DIRECTE

Une thèse libérale en faveur de la fondation, doit forcément nous conduire à adopter comme formule idéale la fondation directe ; l'institution peut s'y manifester dans toute son originalité en jouissant du maximum d'indépendance.

La fondation directe est présentée le plus souvent comme un objet d'importation germanique ; et, en effet, son type législatif nous est donné par le Code civil allemand, sous le nom de la *Stiftung*. La personne qui veut faire un *stiftung*, a la puissance de la créer par sa propre volonté en assignant un fond à son œuvre, l'autorité publique n'intervenant que sous la forme d'une approbation administrative.

En France, une société de savants a discuté un projet tendant à introduire ce régime libéral par voie de réforme législative.

Nous voudrions examiner, pour notre part, si une jurisprudence extensive, en légitimant l'emploi de moyens juridiques détournés n'a pas essayé, par un effort remarquable, d'acclimater la fondation directe dans notre droit ; mais avant d'en venir à cette étude, il nous faut vider le débat sur la personnalité morale.

CHAPITRE PREMIER

LE PROBLÈME DE LA PERSONNALITÉ MORALE

L'ontologie de la personnalité morale constitue à la fois, un problème métaphysique et un problème juridique. Au point de vue métaphysique, on cherche à départir les rôles des êtres et des pures idées ; au point de vue juridique on arrive à la découverte des bornes de la volonté de l'homme. Cette marche difficile sur la frontière du droit et de la philosophie est entravée par les obstacles et les barrières dressés par les docteurs des deux camps ; de là ces théories nombreuses dont les plus importantes sont : la *propriété collective*, la *fiction* et la *réalité*. Comme l'a fort bien dit, M. Clunet, dans son beau livre sur *Les associations*, « les jurisconsultes, en labourant ces abstractions, ont amené à la surface du terrain juridique, toute une germination de concepts » (1).

Les partisans du système de la co-propriété collec-

(1) *Les Associations au point de vue historique et juridique*, par Ed. Clunet, Paris, 1909, t. I. Véritable musée, artistement ordonné, de toutes les idées et de toutes les disputes relatives aux associations et aux cercles.

tive paraissent avoir le dessein de simplifier le problème en se renfermant dans la constatation d'un fait. M. Planiol dit « qu'il est nécessaire de remplacer le mythe de la personnalité par une notion positive » (1). Aussi est-il préférable de ne pas supposer des personnes civiles, des êtres imaginaires, d'arracher les masques pour voir dessous ce qui existe vraiment, c'est-à-dire des biens collectifs à l'état de masses distinctes et soustraits au régime de la propriété individuelle. Dans l'association, la propriété ne réside pas dans une entité qui plane au-dessus des hommes, mais chez les associés eux-mêmes. Dans la fondation, nous voyons un bien possédé collectivement par les bénéficiaires. Ihering dit que les membres isolés sont les véritables destinataires de la personne juridique (2). La théorie ressort, ainsi, comme une réaction contre le système de la fiction. La personnalité morale n'est pas une catégorie du droit des personnes, c'est une modalité du droit patrimonial.

Le système ainsi compris nous semble insuffisant pour les fondations. Il néglige l'élément primordial de l'institution : l'affectation. Même, en admettant un instant que les bénéficiaires de la fondation soient propriétaires, on oublie d'ajouter qu'ils sont proprié-

(1) Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, n° 3017.

(2) Ihering, *De l'Esp et du droit romain*, trad. Meulenaere, t. IV, p. 326. Notre regretté maître, M. Latacé, se ralliait au même système. *Les personnes morales en droit international privé*, Clunet.

taires en vue d'un certain but, pour une cause déterminée. Nous ne nierons pas que la théorie de la propriété collective ne soit une analyse exacte de l'opération, une sorte d'état de répartition des droits de chacun, mais elle ne donne rien de plus ; c'est une décomposition de la personne morale, nous voulons une construction.

Quant au fond même de l'idée, on ne peut pas dire que les bénéficiaires soient les titulaires du droit. M. de Vareilles-Sommières, défenseur convaincu du système, dit que le sujet de droit « c'est l'ensemble des personnes vivantes qui sont actuellement susceptibles d'user de la fondation... ; la fondation appartient à des milliers de personnes réelles » (2). On s'étonne de voir des esprits amoureux de clarté et désireux d'édifier une théorie pour calquer le droit sur le fait, lui donner un support aussi inconsistant. Des « milliers de personnes réelles » ! quelle collectivité insaisissable et diffuse pour devenir sujette d'un droit ! Cette masse inconnue et indiscernable des bénéficiaires est tout au plus usufruitière de la fondation et encore son droit d'usufruit ne peut-il se manifester que dans les conditions prévues par la charte fondative. S'inspirant de la fameuse formule d'Ihering. M. Michond dit que c'est chez les bénéficiaires que réside le premier et le principal caractère du droit subjectif qui

(2) Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 57.

est l'intérêt protégé par le droit (1). C'est-là, nous semble-t-il, une confusion ; ce qu'il faut protéger ce n'est pas l'intérêt des destinataires, intérêt médiat, temporaire, passif, inconsistant, c'est l'intérêt de la fondation elle-même, intérêt direct, perpétuel, actif, parce qu'il est concentré autour d'une idée qui dure et qui vit ; la pensée du fondateur est le pivot de l'intérêt ; les hommes destinataires n'en sont que l'aliment.

L'importance attribuée aux bénéficiaires dans la fondation, procède d'une fausse tendance sociologique. M. l'abbé Lemire a fait remarquer à la Société des Etudes législatives : « Il y a deux mouvements parallèles qui aboutissent au même résultat ; le mouvement du socialisme qui veut la propriété collective par le groupement humain, par l'association et le mouvement de l'individualisme qui veut la propriété collective, grâce à la survivance de l'individu par la fondation » (2). Le rapprochement est habile, mais on se laisse abuser par le résultat pratique de la

(1) Michond, *La personnalité morale*, t. I, p. 183 et suiv. Le savant professeur paraît sentir l'insuffisance du système de la propriété collective lorsqu'il dit que « dans cette conception, le groupe des intéressés, *substratum* de la fondation, en forme sans doute l'élément principal, mais non l'élément unique » et il dira plus loin : « Les bénéficiaires n'ont en matière de fondation aucun droit individuel à faire valoir », t. II, p. 38. Comment dire alors que c'est chez eux que réside l'intérêt protégé par le droit ?

(2) B. S. E. L., 1909, 80.

fondation, lorsqu'on veut s'en servir pour expliquer et pour caractériser la nature de l'institution. Cette conception matérialiste en diminue toute la valeur morale. La fondation n'est pas faite au profit de telles individualités qui en profiteront un jour, mais en vue de satisfaire aux besoins spéciaux d'un groupe indéterminé dans lequel ces individualités ont l'avantage d'être comprises. La fondation n'est pas un privilège pour les hommes, mais un temple pour les idées : on serait presque tenté de dire que, dans certaines fondations, l'intérêt des bénéficiaires n'est qu'un prétexte pour l'épanouissement de la volonté qu'elles incarnent. Quand Ihering dit que les « véritables sujets du droit ce ne sont point les personnes juridiques comme telles, ce sont leurs membres isolés » (1), nous pourrions répondre que ces membres inertes n'ont pas conscience dans la fondation, du rôle supérieur de l'œuvre. Si le fondateur disparu, qui institua une école pour l'enseignement des vertus chrétiennes à l'enfant, une maison de retraite pour les socialistes persécutés, un laboratoire pour les recherches océanographiques, pouvait clamer du fond de sa tombe, vers cette foule des bénéficiaires de l'avenir, aux enfants, aux apôtres et aux savants, il dirait : « Vous allez jouir de mon bien ; vous aurez l'illusion de vous croire les maîtres du domaine réel que je

(1) *Esprit de droit romain*, Ihering, trad. Meulenaère, IV, 336.

vous abandonne, mais votre règne passera ; vous n'êtes que les ouvriers passifs d'une pensée que j'ai dotée d'un patrimoine, vous n'êtes que les artisans d'un jour. »

Vous n'êtes que le gant et moi je suis la main.

On parle de la fondation comme d'un mode d'acheminement vers la propriété sociale ! Quelle méconnaissance de la psychologie des donateurs et testateurs ! bien loin de vouloir ajouter une pierre à la construction de la cité collectiviste, leur acte est une haute revendication de la propriété privée, dans son sens le plus absolu, dans sa fin la plus noble.

Mais la thèse de la propriété collective n'a même pas ce mérite de nous faire échapper à la fiction. Quoi qu'en disent ses défenseurs, on introduit dans le droit une catégorie nouvelle qui n'est ni la propriété indivise, ni la propriété individuelle selon les termes de l'article 543. Comme le fait si justement remarquer M. Saleilles, il faut encore recourir à une image pour voir dans les destinataires de la fondation, le sujet d'un droit (1).

Voilà donc une thèse qu'il nous faudra écarter, puisqu'elle fournit une raison au droit d'intervention de l'Etat comme la théorie classique de la fiction.

Contre cette dernière nous n'avons plus de réfutation à présenter : nous croyons l'avoir combattu en

(1) Saleilles, *De la personnalité morale*, p. 460.

détail dans nos deux premières parties lorsque nous avons montré toutes les conséquences périlleuses du système.

La fiction est mauvaise parce que sa construction est tendancieuse : les légistes l'ont édifiée en vue de la prédominance du droit de l'Etat. M. Clunet, dans une réflexion qui a été confirmée par l'expérience, dit que la fiction « consacre la prépotance et l'antériorité du droit de l'Etat ; elle entretient chez ce dernier la convoitise du bien d'autrui » (1).

La fiction est mauvaise parce que c'est une fiction : le progrès du droit ne consiste à faire jouer sur la scène juridique des « *personas* » comme sur le théâtre antique, c'est-à-dire quelques acteurs qui adoptent à tour de rôle tous les travestissements du vrai, mais au contraire, à y faire surgir la foule entière de toutes les réalités de la vie.

Or, la fondation ne s'est jamais présentée comme telle, à visage découvert devant le spectateur du droit. On la fait agir sous le masque d'une personne humaine, ou si on l'en juge indigne, on la cache délibérément derrière le rideau. Nous voulons la voir et la faire agir, pour cela il suffit de considérer la nature des choses. C'est le fond de la thèse qu'il nous reste à exposer.

(1) Clunet, *L'Association*, n° 398. C'est une thèse de droit public, dissimulé sous des concepts de droit privé, les civilistes ont été dupes des théoriciens du droit public.

Selon la thèse de la Réalité, la personne morale est une personne vraie. Il est inutile, pour la faire rentrer dans le domaine juridique, d'y chercher une nouvelle forme de la patrimonialité ou de l'assimiler par la puissance du raisonnement à un être humain. On se contente de la ramasser sur le champ de la vie sociale., en entomologiste du droit, comme dirait Edmond Picard ; et quand on l'observe de près, on reconnaît un organisme qui vit et qui a droit à la protection. Si nous l'appelons une personne, ce n'est pas grâce au jeu d'une métaphore qui aurait pour but de lui attribuer artificiellement les avantages légaux de l'individu humain, c'est parce qu'elle est vraiment une personne de constitution interne différente de la nôtre au point de vue physique, mais qui manifeste une activité toute semblable à celle des hommes au point de vue juridique. Or, ce qui importe dans toute science sociale, c'est l'action, et la source de l'action, c'est la volonté.

Le droit, en effet, n'est pas un élément de l'homme mêlé à sa substance organique car les animaux auraient alors des droits ; il est plutôt l'habit de sa conscience ou mieux encore, le passe-port de sa volonté. Tant que l'homme n'agit pas, tant qu'il reste amorphe et sans désir, il est permis de dire qu'il est ignoré du droit : c'est le voyageur au repos dans sa chaumière ; le droit lui est extérieur, mais son premier geste fait naître une multiplicité de droits : c'est le voyageur

qui part en campagne muni de son bagage. Il suffit donc d'un principe actif et cohérent, ce que l'on appelle précisément la volonté pour créer le droit. Pour qui ne s'embarrasse pas de subtilités, le droit s'identifie avec la volonté elle-même. Selon la formule de M. Saleilles, le droit serait la volonté vue sous le rapport social. Le droit appartient à la qualité de l'homme, mais de l'homme qui agit, de même que la liberté n'a de prix que pour l'homme d'énergie et de caractère. Le droit n'est pas attaché à notre loque matérielle mais à notre puissance morale. Dans ce sens, on peut dire que plus nous agissons, plus nous avons de droits : libre à nous d'étendre au loin les frontières de notre domaine juridique : elles dépendent du nombre de nos initiatives et de la force de notre courage : il y a même là une philosophie de l'action basée sur la vertu du mouvement et du travail.

Pour connaître les droits, on tiendra compte, non des hommes, mais des volontés : or la fondation est une volonté. C'est à ce titre qu'elle est réelle (1). Nous

(1) La théorie de la réalité est l'œuvre de Gieske, professeur à Iéna, qui a édifié un monument juridique considérable sur la Corporation et l'Association, mais on peut dire qu'il doit sa renommée à M. Saleilles, qui a non seulement développé ses idées pour le public français, mais encore a su les dégager de leur hégélianisme nébuleux et en faire passer « la substantifique moëlle » dans la langue souple et nerveuse de son beau livre sur *La Personnalité morale* : Voir surtout 21^e leçon.

avons dit, en effet, qu'il était inutile, sous le rapport purement juridique, de prendre en considération le corps dans l'homme. La volonté est la représentation de l'homme dans le droit : la fondation est par conséquent son égale ; comme lui, elle a une volonté représentative dans le droit ; il nous est indifférent qu'en dehors de notre domaine elle ne possède pas à son image une réalité physiologique.

Dans l'association, on pourrait démontrer qu'il y a une volonté collective indépendante des volontés des associés mais qui constitue un sujet de droit suffisant. Ce qui lui donne la réalité, c'est l'autonomie, l'énergie latente, et la direction vers une finalité précise. Ces éléments, nous les retrouvons avec plus de souplesse et de liberté chez l'homme, avec plus d'unité et plus de raideur dans la fondation. Chez elle, la volonté créatrice est affirmée par son statut qui lui donne son expression publique et sa manifestation juridique comme sujet réel.

Cette théorie de la volonté qui est dûe en partie à Zitelmann a été combattue notamment par M. de Lapradelle (1). « L'erreur, dit-il, est d'affirmer que chaque volition spéciale et distincte échappée à la faculté de vouloir, se cristallise et devienne sujet de droit... tout contrat deviendrait ainsi une personne

(1) Zitelmann, *Begriff und Wesen der juristischen personen*, Leipzig 1873 ; — Geouffre de Lapradelle, *op. cit.*, p. 436.

juridique ». Nous ne comprenons pas comment la théorie de la volonté entraîne cette dernière conséquence. Il n'y a pas lieu de reconnaître la personnalité juridique à tout contrat : l'unité de vue fait défaut dans la vente ou dans le louage ; si nous voyons dans la fondation, une volition sujette du droit, c'est parce que l'acte contient ici une libre force de propulsion et surtout parce qu'il se dirige avec continuité vers une finalité connue. Autrement dit, la plupart des contrats nous représentent des volontés à l'état statique qui se tiennent en équilibre sous l'action de deux forces égales : dans la fondation, au contraire, il y a une volonté à l'état dynamique qui a emmagasiné la force initiale produite par le fondateur. Comme l'a très finement fait remarquer M. Demogue « un droit est comme un être vivant ; il a ses périodes d'expansion et de puissance, ses moments de crise ou de sommeil » (1). Le droit de la fondation qui est particulièrement intense, n'acquiert sa plénitude que lorsque les conditions de la charte fondative sont remplies. La fondation, simple volition, lorsqu'elle est engendrée par la faculté de vouloir du fondateur, est d'abord sujette du droit, mais quand elle se traduit par l'accomplissement d'actes matériels relatifs au but qu'elle poursuit, on peut dire qu'elle devient une

(1) Demogue, *Les droits éventuels. Revue trimestrielle de droit civil* 1905, p. 781.

faculté de vouloir à son tour, moins riche dans ses effets, évoluant sur une piste plus étroite.

Mais voilà bien des abstractions ! M. Tronquoy fait observer avec esprit aux réalistes qu'ils cherchent le réel dans l'irréel (1). A vrai dire, c'est une critique facile : le droit est une grande convention ; chaque fois que l'on essaye de transposer le monde des faits dans le monde de la science, on procède forcément à des opérations de l'esprit qui donnent une valeur et un sens idéal à tout, à l'homme le premier, puisqu'il faut ramener toutes choses sous une commune mesure logique. C'est ainsi que M. Saleilles a pu juger la théorie de la volonté en disant que « c'était la quintessence de l'idéalisme aboutissant aux premières tentatives de réalisme juridique » (2). Nous cherchons à découvrir la réalité, mais nous sommes obligés d'employer le langage des connaissances spéculatives.

Pour qui veut admettre la création du droit par la volonté, la personnalité morale spontanée de la fondation ne peut faire de doute. La théorie de la volonté permet de répondre à toutes les objections traditionalistes. M. Cazelle dit que « c'est cette idée que la continuation de la personne est nécessaire à la subsistance du patrimoine qui empêche de pouvoir, par une fondation, donner une vie juridique propre à son

(1) Tronquoy, *op cit.*, p. 210 et suiv.

(2) Saleilles, *op. cit.*, p. 522.

patrimoine (1) ». Ce qui continue la personne, aux yeux du juriste, c'est la survivance de sa volonté et la fondation sera une personne parce qu'elle est animée du souffle vivant de cette volonté dont elle remplit le dessein.

Sous l'influence des idées de Ihering, M. Saleilles paraît se méfier d'un système qui donne une si grande place à la volonté et il lui reproche de reposer sur la philosophie de « l'homme en soi ». Nous ne croyons pas que la théorie de la volonté dérive aussi directement de cette conception ruinée. En effet, selon le pur idéalisme, l'homme tiendrait une bien plus grande place : il serait à lui seul le centre et la fin ; il serait le roi ; le droit ne serait qu'un rayonnement de sa conscience. La théorie de la volonté fait fi de tous ses attributs moraux : elle le dépouille ; elle ne prend en lui que le principe actif et utile ; elle ne relève que la trace matérielle de ses désirs ; c'est d'ailleurs dans ce sens que Georgi interpelle l'homme : « Les partisans de la *Willeus théorie* te regardent comme un *accidens super fluum* de la faculté de vouloir qui serait la mère du monde juridique et dire que le droit a été fait exclusivement en ta faveur ! *Cum hominum causa omne jus constitutum sit !* Les Romains t'ont sacré César : les modernes te réduisent à néant » (2). Loin

(1) Cazelles, *De l'idée de la continuation de la personne, comme principe des transmissions universelles*. Thèse Paris, 1905, p. 281.

(2) Georgi, *La dottrina della persona giuridiche o corpi morale*, I, 49.

de se perdre dans l'abstraction, la théorie de la volonté examine les faits et les choses et s'attache à ce qu'il y a d'humain en eux : mais elle nous paraît à la fois réelle et sûre parce qu'elle fait remonter à l'homme la source du fait juridique une fois constaté.

Le système de la Volonté nous est particulièrement précieux, et nous tenons beaucoup à la place exacte qu'il marque à l'individu par peur de la plus dangereuse des théories : la théorie du droit objectif de M. Duguit (1). Rien ne nous semble plus destructeur de toute garantie et de toute liberté que cette théorie nouvelle qui accorde le droit comme un résultat des relations sociales, qui en abandonne la forme sous l'action de toutes les variations économiques et politiques débridées et libres de le modeler, de le pétrir, de le comprimer et même de l'étouffer : le droit enfant de la foule, alors qu'il doit être le maître des hommes ! La très moderne théorie du droit objectif à grande figure, nous en convenons : c'est une chapelle de la religion de la science : on y célèbre le culte du fait divinisé : on y oublie délibérément toute une part de la vérité humaine qui est dans le sentiment et dans les sensations.

Ces idées philosophiques qui se soulèvent maintenant à chaque pas de notre route, nous montrent que l'ancienne dispute scholastique des universaux

(1) Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*.

est bien rouverte à propos de la personnalité morale. Ce qui revit à travers les concepts de fiction et de réalité, c'est l'antique querelle du réalisme et du nominalisme « qui vient à nous du fond de l'âge d'or de la pensée humaine, des temps bénis où l'on dialoguait sur le monde sensible et le monde intelligible aux jardins d'Academos et dans les allées du Lycée (1). » Le nominalisme rassemble les notions de genre et d'espèce, de différence, de propres et d'accidents, et leur donne une fin dans les idées générales qui sont *post rem* : selon la métaphysique d'Aristote, les universaux séparés des choses ne sont que des concepts de l'entendement humain. Pour le réalisme, au contraire, les idées générales ont une vie propre, distincte de celle des individus : ce sont les *universalia ante rem* qui possèdent une réalité véritable : pour suivre la doctrine platonicienne, cette réalité tire son essence de la pensée divine, principe créateur de l'être et de la pensée. Si nous transposons ces vieilles antithèses scholastiques dans le problème moderne dont la solution nous préoccupe, nous découvrirons des nominalistes chez les partisans de la fiction, pure entité de l'esprit, et nous reconnaitrons les anciens réalistes chez les défenseurs de la personne réelle, produit de la nature des choses : ces derniers renouvellent l'opération logique que l'école appelait la réalisation des Universaux.

(1) Clunet, *op. cit.*, p. 349.

Cette courte promenade que nous voudrions poursuivre sous le portique en parlant des idées qui hantèrent la pensée inquiète des sages du passé n'est pas le simple effet de la curiosité historique. Le rappel de cette dispute magistrale situe le problème de la personnalité morale dans son vrai domaine qui est celui de la philosophie. C'est pourquoi ceux-là nous paraissent peut-être un peu exclusifs, qui attribuent invariablement à Giercke et à la science allemande la paternité de cette théorie de la personne réelle.

On pourrait se demander, en effet, si le mouvement intellectuel national et, en particulier, celui qui s'est manifesté par une renaissance de la métaphysique, en philosophie, ne devait pas nous conduire forcément à une détente de la méthode purement scientifique en droit.

Les juristes sont las de la fiction ; la réalité jouit d'une vogue incontestable : n'y a-t-il pas une affinité entre ce courant qui nous entraîne vers la conception réaliste et le courant pragmatiste et intuitioniste qui renverse, à l'heure actuelle, les normes de la pensée. L'un et l'autre constituent une réaction contre le dogmatisme des « scientistes » et les maximes implacables d'une logique abstraite. Arriverons-nous à nous évader du rationalisme qui retient le droit sous sa tutelle sévère ? Difficilement, car il exerce sur les juristes une prestigieuse séduction ; ces derniers y trouvent une discipline unique avec des matériaux de construc-

tion faciles ; et ne sont-ils pas tous obsédés par l'ambition d'édifier à leur tour à force d'échafaudages théoriques ce grand mur simple, uni et majestueux que nous a laissé le droit romain.

La thèse de la fiction a été très combattue justement parce qu'elle méprise les faits au nom d'un absolu juridique préétabli. La raison ne peut pas recevoir la personne morale comme telle ; elle ne daigne mettre à sa disposition qu'un moyen technique dont elle mesure prudemment l'opportunité ; la raison est, en effet, une vieille dame très respectable : elle a des traditions et une grande famille ; il y a des nouveaux venus qui ne sont admis auprès d'elle que sous le patronage des anciens et qui ne reçoivent sa visite que fort tard ou très rarement : la personnalité morale est du nombre. La logique ne peut pas tout percevoir ; il y a des réalités qui lui échappent.

Un des maîtres de la pensée contemporaine, M. Bergson, a fait une critique de la logique et de la raison pure (1) : il a puissamment exprimé cette idée qu'il ne fallait pas s'adresser pour la connaissance de la vie à notre seule intelligence mais aussi à l'intuition qui nous permet de sentir ce que l'intelligence n'arrivait pas à discerner. Il existe en nous une certaine part d'instincts, de dons intuitifs, tout le domaine de

(1) Bergson, *L'Evolution créatrice*, 1907, et *La philosophie de M. Bergson*, par André Chaumeix dans le *Journal des Débats*, du 24 mars 1908.

la sensibilité et du sentiment et qui se manifestent par des phénomènes de vie, intime sécrétion de cette raison du cœur, dont parlait déjà Pascal.

Le pragmatisme qui veut à la fois observer les faits et collectionner les sentiments, donne un tableau vrai de la réalité. C'est une philosophie des résultats qui s'efforce de pénétrer les choses humaines, au lieu de chevaucher dans l'éther à la poursuite des abstractions. M. Bourdeau nous explique d'une façon incisive « qu'elle consiste à éprouver nos idées en les vivant et non plus en les rêvant, à les faire passer au creuset de la réalité » (2).

Les pragmatistes partent, eux aussi, de la sensation comme Coudillac et comme Taine, mais ils ne tiennent pas à isoler ces fragments de sensation pour combiner des notions générales (1).

Cette méthode nouvelle qui, selon l'aveu même de son fondateur, n'est qu'un nom nouveau pour quelques anciennes manières de penser, peut se retrouver chez tous ceux qui tentèrent de soulever cette chappe de plomb de la théologie de la science, entrevue par

(1) J. Bourdeau, *Pragmatisme et modernisme*. Paris, Alcan, 1909, p. 62. L'intuitionisme de M. Bergson a précédé le pragmatisme qui nous vient d'Amérique avec M. William James (*Précis de psychologie*). M. G. Schiller en a donné une application habile, *Etudes sur l'humanisme*, par Schiller, trad. par le D^r S. Jankélévitch ; — Parodi, *Le pragmatisme d'après James et Schiller*. *Revue de métaphysique et de morale*, 1908 ; — V^o aussi *Les critiques du rationalisme*, par André Chaumeix dans la *Revue hebdomadaire* du 1^{er} janvier 1910.

(2) Taine, *Origines*, t. I, liv. III ; *l'Esprit et la Doctrine*, p. 285.

Renan et érigée en dogme par Berthelot, pour s'engager dans les voies plus libres de l'intuition et de la force personnelle (1). N'est-ce pas à ce besoin de liberté qu'obéissait Tarde, dans ses *Etudes de psychologie sociale* où il oppose sa méthode souple et pratique à la méthode abstraite et objective de M. Durckheim (2).

Parmi les études récentes, M. le Dr S. Jankélévitch, dans son ouvrage *Nature et société*, a voulu rendre leur place aux éléments psychologiques et au point de vue finalité. Il a montré que le phénomène social est plus qu'un résultat des forces naturelles, mais que c'est un fait *sui generis*, un fait humain dans lequel se manifestent avant tout les désirs et les croyances des hommes réunis en collectivité, leur idéal moral (3).

On voit d'ici la fécondité de la conception pragmatique dans le domaine du droit. Etre pragmatiste, c'est dénoncer le pacte rationaliste qui nous arrête sur le chemin de la vérité, pour s'attacher aux résultats et modeler la doctrine sur nos besoins (4). Nous allons procéder ainsi à un aménagement nouveau du palais juridique ; au lieu de suspendre les phénomènes sociaux comme des trophées aux architraves de la voûte, nous allons les prendre en eux-mêmes et les

(1) Renan, *L'avenir de la science* ; — Berthelot.

(2) Tarde, *Introduction et pages choisies par ses fils*. Paris, 1910, p. 56.

(3) *Nature et société*, par le Dr Jankélévitch. Paris, 1906.

(4) Idée esquissée par M. Charmont, dans la *Renaissance du droit naturel*. Montpellier, 1910.

utiliser pour en faire des dalles, des colonnes et des chapiteaux ; avant, c'était une prison qui renfermait les droits dans ses cellules ; maintenant, ce sont les droits eux-mêmes qui composent la substance des murs de ce palais ouvert à tous les jeux de l'action et de la vie. En particulier, pour la recherche de la personnalité morale, on s'attachera au fait de la volonté collective qui crée l'association, ou au fait du sentiment personnel qui jaillit hors de nous, sous une forme organisée dans la fondation. Ce sont là des réalités pénétrantes qu'on ne saurait étouffer en répondant par exemple selon les anciens errements de la raison raisonnante qu'un patrimoine n'a pas de volonté ou que la vie d'un groupement n'est que le fruit d'une intervention de la loi (1). Le droit ne cesse pas pour cela d'être anthropocentrique, comme l'a fait justement remarquer Edmond Picard : il s'applique au contraire plus étroitement à toutes les manifestations de l'homme : l'étude de son instinct, de ses facultés intuitives ne nous amènera pas à reconnaître le bénéfice du droit à toutes les sécrétions subjectives de sa conscience, mais tout au moins à marquer d'une borne juridique tous les stades réellement parcourus par sa volonté en action.

(1) Edmond Picard compare la volonté du législateur obéissant aux suggestions de la raison raisonnante à l'éclairage d'une lanterne sourde sur une immensité. *Confiteor : Une vie juridique belge*. Bruxelles, Larcher, 1910, p. 4.

Il faut vaincre les répugnances de l'école des légistes ; la fondation est une personne réelle : elle a une volonté concentrée ; le droit n'a qu'à enregistrer sa naissance comme celle de l'homme : elle aura simplement une sphère d'action moins étendue, mais on peut répéter à son sujet le mot de Descartes : Je pense, donc je suis. Il est suranné de s'attacher à la forme matérielle ; et à ceux qui s'indigneraient de nous voir conférer à une chose vivante, quelques droits de l'homme, nous répondrons par des paroles empruntées à ces Messieurs de Port-Royal : « L'homme depuis le péché s'est tellement accoutumé à ne considérer que les choses corporelles dont les images entrent par le sens dans notre cerveau, que la plupart croient ne pouvoir concevoir une chose quand ils ne se la peuvent imaginer, c'est-à-dire se la représenter sous une image corporelle ; comme s'il n'y avait en nous que cette seule manière de penser et de concevoir » (1).

(1) *Logique de Port-Royal*, ch. I, Partie première, p. 31.

CHAPITRE II

VUES LÉGISLATIVES

Pour trouver les règles d'une loi, nous n'aurions plus maintenant qu'à tirer très simplement les conclusions de nos prémisses. En adoptant et en affirmant dans ces dernières pages, la thèse de la réalité, nous avons imposé une création de la nature, à la convention du droit. La fondation réelle reconnue, la fondation directe sera son enveloppe juridique. Les intermédiaires sont inutiles ; la fondation sera parce qu'elle a été voulue par le fondateur et que sa volonté a été manifestée dans un testament. Dès lors, plus d'autorisation gouvernementale, d'approbation, d'acte d'établissement, ni d'intervention sous quelque nom qu'on parvienne à la dissimuler. Tout au plus, pourrait-on admettre une formalité d'enregistrement destinée à donner à la nouvelle institution sa place dans la vie publique. Aucune surveillance également sur la fondation en tant que fondation ; elle a sa liberté individuelle comme l'homme ; enfin aucune suppression de la part du prince. Tel serait le régime à la fois libéral et cohérent avec le système de la personnalité réelle.

Aussi quel n'est pas notre étonnement devant le projet élaboré par la Société des Etudes législatives ?

M. Larnaude, dans son rapport verbal à l'assemblée plénière de la Société, déclare à plusieurs reprises, en esquissant la théorie générale adoptée par la commission, que le fondateur est le véritable créateur et que l'intention des auteurs du projet fut d'instituer la fondation comme un acte de formation purement privée (1). Mais au lieu d'admettre comme corollaire de cette idée, l'entière liberté de la fondation, il bride immédiatement cet être naissant et il maintient le principe de la reconnaissance d'utilité publique, nécessaire dans tous les cas. Bien mieux, le projet aggrave même la portée de la reconnaissance, en établissant des distinctions parmi les fondations : sur la catégorie des fondations ayant trait à la religion et à l'enseignement, le pouvoir du Conseil d'Etat pour accorder la reconnaissance d'utilité publique sera discrétionnaire et ne sera susceptible d'aucun recours. Comment affirmer d'une façon plus audacieuse qu'aux yeux de l'Etat il y aura des privilégiés et des suspects. Ajoutons encore que les suspects seront les plus nombreux, car la très grande majorité des fondations a trait à l'enseignement et à la charité religieuse. En définitive, le projet « libéral à l'excès », aux dires de M. Esmein, ne réa-

(1) Voir B. S. E. L., année 1906, p. 467 ; année 1907, p. 66, 322, 449 ; année 1908, p. 337, et surtout année 1909, dont presque tout le volume est consacré aux fondations.

lise à cet égard aucun progrès ; transformé en loi, il ne serait qu'une affirmation fâcheuse de la jurisprudence actuelle.

A la vérité, ce qui conviendrait le mieux, croyons-nous, pour donner une solution positive au système de la réalité, serait encore d'étendre aux fondations le système des associations. La fondation jouirait d'une vie juridique externe lorsque son fondateur ou ses administrateurs auraient rempli les formalités de l'article 5 de la loi du 1^{er} juillet 1901, destinées à la rendre publique. La déclaration à la préfecture, qui pourrait d'ailleurs, en cas de refus, se faire par ministère d'huissier, serait le seul contact de l'institution de droit privé avec l'administration.

Les problèmes que soulève la surveillance de la fondation ont également donné lieu aux plus vives discussions. Sur le choix de l'autorité de surveillance, les tendances propres des membres de la Commission se sont le plus clairement manifestées. On a écarté avec beaucoup de raison le Conseil d'Etat, comme Assemblée administrative et comme organisme trop central pour s'assouplir en cette matière délicate, à toutes les nuances de la fantaisie provinciale. On ne s'est pas arrêté aux Conseils de préfecture si discrédités, qu'il est inutile d'y insister. M. le conseiller Douarche a proposé avec confiance, la Commission départementale. Finalement, la Société des Etudes législatives a cédé à son penchant bien cher à tous les

réformateurs français, heureux lorsqu'ils ont introduit un procédé anglo-saxon dans notre pays latin : on a suivi l'exemple de l'Angleterre : on a voulu acclimater chez nous les *Commissioners of carity*. La Société des Etudes législatives a d'ailleurs très ingénieusement composé une commission de surveillance présidée par le Président du Tribunal, assisté de juges, d'officiers ministériels, de fonctionnaires, de représentants élus, que sera chargée de faire exécuter la fondation et de remplir les lacunes statutaires. Nous ne sommes pas sûrs que la Commission réponde au noble désir d'indépendance qui la fit naître. Remarquons, en effet, que c'est une commission intermittente, que sa besogne est administrative : pour qui connaît les habitudes de la vie provinciale, de la marche des affaires dans un département, il est clair que cette commission tombera sous l'autorité du Préfet qui est à la tête de tous les services administratifs. De même que pour les hospices, les asiles d'aliénés, les organisations sanitaires, mutualistes et tant d'autres, le préfet, fonctionnaire politique dans la main d'un parti, ne tardera pas à diriger la Commission de surveillance, à la faire convoquer à sa guise, à prévenir ses décisions, à lui imprimer son mouvement, à la pénétrer de ses tendances. Et puis enfin, pourquoi imaginer des organismes nouveaux, des autorités hybrides, puisque nous avons sous la main un corps tout désigné pour la surveillance des fondations : le Tribunal civil.

Contre les tribunaux judiciaires, M. Saleilles a relevé deux objections : l'une d'ordre tout à fait pratique : les tribunaux ne seraient pas aptes à se plier à cette variété de fonctions administratives ou contentieuses ; l'autre d'ordre théorique, l'autorité judiciaire ne se saisit pas elle-même (1). Mais, chose singulière, le savant professeur qui écarte, en invoquant ces raisons, les tribunaux judiciaires comme autorité de surveillance, semble y avoir répondu lui-même, d'une façon fort heureuse, lorsqu'il les choisit comme pouvoir de réduction ou de suppression. Là où la nécessité d'une garantie supérieure se présente plus impérieuse encore, il déclare que nos tribunaux sont « tout préparés à cette tâche. » Quant aux solutions variées et de caractère à demi administratif qui seront offertes au juge pour solutionner le problème, il ne serait plus vrai de dire qu'elles ne rentrent pas dans les usages des tribunaux de droit commun, réduits au rôle un peu hiératique de discours d'oracles sans se mêler aux détails des décisions pratiques. De plus en plus en matière familiale, ces sortes d'interventions réglementaires se trouvent conférées à nos tribunaux ; et de plus en plus aussi ils ont à décider des problèmes d'application fonctionnelle et administrative, sans avoir à prendre parti uniquement sur

(1) Lettre de M. Saleilles au président de la Commission des Fondations. B. S. E. L., 1908, 188,

un texte, et que le problème se pose entre le oui ou le non » (1).

Ainsi le système que la Société des Etudes législatives a fixé dans l'article 16 de son projet par la suppression ou la transformation de la fondation, confiée aux Tribunaux judiciaires et qu'il convient de louer sans réserve, pourrait, nous semble-t-il, être étendu. Le droit de suppression de la fondation par l'Etat nous paraît intolérable. Mais que les Tribunaux consomment l'extinction d'une fondation trop vieille dont la foi ne brûle plus que d'une flamme appauvrie, et nous sentons notre liberté sauvegardée. C'est un jugement qui met fin à un état, parce que les signes de vie font défaut : on pourrait le rapprocher d'un jugement déclaratif d'absence qui s'appuie sur un ensemble de présomptions de la mort.

Nous voudrions couvrir de cette protection utile des Tribunaux, la fondation dès sa naissance : par là, davantage d'unité et de garantie. Mais les tribunaux sont neutres en quelque sorte ; il faut les saisir. L'organe d'action qui mettra en éveil la surveillance du Tribunal et suscitera ses décisions, nous le trouvons dans le Ministère public. N'est-ce pas, d'ailleurs, un juste retour à l'ancien droit ? Denizart dit « que le Ministère public et les descendants parents du fonda-

(1) Rapport de M. Saleilles sur la partie administrative du projet des Fondations. B. S. E. L., 1909, 227.

teur peuvent contraindre les communautés de célébrer le service et faire tout ce qui est prescrit par le fondateur (1).

Serait-il même nécessaire d'apporter une modification législative pour obtenir ce résultat. On sait que les tribunaux exercent des pouvoirs de juridiction gracieuse de plus en plus étendus. Les droits du Ministère public, même en matière civile, embrassent un domaine peu défini : l'article 46 de la loi du 20 avril 1810 nous dit que le « Ministère public surveille l'exécution des lois, des décrets et des jugements : il poursuit d'office cette exécution dans les dispositions qui intéressent l'ordre public ». L'interprétation de ce second alinéa est vivement controversée ; en suivant la jurisprudence, le Ministère public, en dehors de tout texte officiel, a un droit général d'agir d'office chaque fois que l'ordre public est intéressé (2). On voit combien il serait facile de comprendre dans un si large pouvoir, un droit de surveillance sur les fondations.

Le Tribunal civil jouera ici son grand rôle de protecteur des intérêts privés. Imbu de l'esprit du droit civil essentiellement individualiste, il apportera une garantie supérieure à celle du Conseil d'Etat, Conseil du Gouvernement, imprégné forcément de

(1) Denizart, *Dictionnaire de droit canonique*, V^e Fondation, p. 448.

(2) Voir *Traité théorique et pratique de procédure civile*, par Glasson et Tissier, t. I, p. 119.

l'esprit autoritariste et administratif, quel que soit d'ailleurs notre respect pour sa haute impartialité. M. Lagrésille a parfaitement exprimé ce point de vue lors de la discussion général du projet, dans un mouvement oratoire qui résumera notre pensée : « Oui, je voudrais qu'un particulier put faire une fondation comme il peut faire une association, librement, sans autorisation préalable, mais alors à ses risques et périls, en respectant les limites fixées par la loi à sa liberté dans l'intérêt de la famille ou dans un intérêt d'ordre public et sauf les droits pour les héritiers et pour le Ministère public, si ces limites ont été dépassées, de demander, dans un certain délai, la nullité de la fondation devant les tribunaux civils. Car, vous le voyez bien, à chaque pas que vous faites dans la rédaction de vos articles, ce qui vous gêne c'est précisément l'intervention de l'autorité et de la juridiction administrative ! Puisque vous légiférez sur des fondations privées, restez donc dans le domaine du droit privé et de la juridiction civile ! »

CHAPITRE III

LA FONDATION PAR L'ASSOCIATION ET LA SOCIÉTÉ CIVILE

Nous avons vu quels sont les modes de fondation accordés à l'individu par le droit français : nous avons montré leur imperfection et leur insuffisance. La détermination du siège et de la nature de la personnalité juridique, nous a fait entrevoir quel pourrait être l'idéal en législation. Mais une loi sur les fondations est plus que problématique : les disputes de l'heure présente qui absorbent le Parlement sont plus pressantes et empruntent aux crises de la vie sociale une acuité près de laquelle la renaissance des fondations paraît un peu démodée.

Serait-il bien prudent, au surplus, d'éveiller l'attention du législateur sur notre institution : nous assistons à une socialisation de toutes les grandes entreprises ; est-ce le moment de réclamer des libertés pour les initiatives privées de l'individu qui tendent vers un but social ?

C'est donc la jurisprudence qui devrait répondre à notre appel : elle nous a déjà fourni les matériaux de construction de la fondation de droit privé : tous les

arguments d'ordre juridique étayés, soit sur l'article 906, soit sur l'article 896, soit sur l'article 911, sont définitivement écartés du débat. La fondation habitera le legs moral ; mais c'est un logement sans toiture. Pour résister aux coups du temps, il lui faut la personnalité morale. La jurisprudence voudra-t-elle couronner son édifice en affirmant cette personnalité qui existe dans la *réalité*.

Deux procédés s'offrent aux administrateurs des fondations privées : l'association et la société civile.

A) *L'association*. — Les légataires à charge de fonder une université, par exemple, achèteront avec les deniers légués par le fondateur un immeuble ; ils l'aménageront en conséquence ; puis ils pourront former entre eux et en s'adjoignant au besoin des personnes sûres et dévouées, une association déclarée sur le type de la loi de 1901 qui possèdera et administrera l'université. Malgré la difficulté incontestable des démarches nombreuses et délicates pour arriver à ce but, rien d'irrégulier dans le résultat : l'article 6 de la loi du 1^{er} juillet 1901 ne dispose-t-il pas, en effet, que toute association pourra posséder et administrer les immeubles strictement nécessaires à l'accomplissement du but qu'elles se proposent ? Or, le but de cette association est ici le but de la fondation : elle aura un immeuble pour y installer une université. Mais une fondation ne vit pas sans un capital productif de revenus qui serviront en l'espèce à appointer

les professeurs, faire fonctionner les laboratoires, etc... L'association ne peut pas recevoir ostensiblement des dons sans subir l'intervention de l'Etat aux termes de l'art. 910. Comment faire passer ici librement dans le patrimoine de notre fondation à forme associationnelle, les biens laissés par le fondateur. Si l'on s'en tient à la lettre de la loi de 1901 qui fixe le taux de rachat des cotisations à 500 fr., les légataires devraient employer le stratagème suivant : diviser le legs fondatif en un certain nombre de parts de 500 fr., distribuées à des associés et que ceux-ci rapporteraient à l'association à titre de rachat de cotisations. Mais point n'est besoin, croyons-nous, de se plier à ce formalisme rigoureux. Comme on l'a déjà bien souvent fait remarquer, la loi de 1901 fixe le chiffre de rachat des cotisations, mais reste muette sur le chiffre des cotisations elles-mêmes. Dans ce domaine de l'arbitraire, on ne saurait étendre les dispositions restrictives. D'ailleurs, sur une interpellation qui lui fut adressée au cours de la discussion du projet de loi au Sénat, M. Waldeck-Rousseau a répondu qu'effectivement il n'y avait pas de limite au montant des cotisations. Rien n'empêche donc les légataires formant une catégorie d'associés déterminés et portant par exemple le titre de membres fondateurs, de fixer pour eux un chiffre de cotisations très élevé, qui leur permettra de faire passer intégralement le capital de la fondation dans la caisse de l'association. Le procédé serait

correct et notre institution aurait échappé à la tutelle administrative. Si le système devait se généraliser dans la pratique, il serait curieux de voir la fondation moderne, obligée, pour la sauvegarde de sa liberté, d'emprunter la forme corporative du moyen-âge : la société de personnes engloberait à nouveau sa nature patrimoniale.

B) *La Société civile* se prêtera mieux peut-être que l'association à ce rôle de soutien de la fondation : plusieurs légataires peuvent former entre eux une société civile, leurs apports sociaux seront constitués par leurs parts respectives recueillies dans la succession du fondateur. La société aura pour but l'objet de la fondation. C'est un pur contrat de droit privé qui n'est soumis à aucune formalité de publicité, ni d'enregistrement et la jurisprudence lui conférant le plus précieux des avantages, lui a reconnu la personnalité morale. Les légataires prendront encore certaines précautions en rédigeant l'acte de société : il leur est permis d'apporter une dérogation à l'article 1865 en déclarant que la société ne sera pas dissoute par l'absence ou le décès ou l'incapacité d'un des associés, ils peuvent encore introduire des dispositions établissant un mode de cooptation restreint pour l'adjonction de nouveaux membres. Ainsi, nous possédons à la fois l'indépendance et la personnalité morale ; il semble que notre problème soit résolu ; nous avons trouvé la fondation privée et libre, la fondation idéale.

Mais la jurisprudence n'a malheureusement pas encore accepté cette solution (1). Nous nous heurtons ici à la grande objection qu'on retrouve dans la doctrine et dans les arrêts : la société doit avoir un but lucratif ; elle doit poursuivre le partage des bénéfices. La Cour de cassation déclare « qu'une association qui n'a pas pour but le lucre ne constitue pas une véritable société (2). Mais, M. Lyon-Caen, dévoilant dans sa note les tendances derrière les formules juridiques, dit que le « législateur est favorable aux sociétés et défavorable aux associations ». Tant que la société conserve sa nature purement patrimoniale, elle n'inquiète pas l'autorité ; du jour où elle poursuit un but idéal, elle deviendra donc une suspecte. C'est avouer que l'on cherche un prétexte pour sortir du droit. Cette nécessité du bénéfice *pécuniaire* n'est d'ailleurs inscrite nulle part : le Code, dans son article 1832, définit seulement la société : « Un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun dans la vue de partager *le bénéfice* qui pourra en résulter ». M. Planiol, se

(1) Cass. req., 29 novembre 1894, S., 95, 1, 65.

(2) La fondation d'écoles ne peut pas faire l'objet d'une société civile si cette société n'a pas pour but la réalisation de bénéfices. Cass., 29 novembre 97, D., 98, 1, 108. La Cour de Cassation a, d'autre part, admis implicitement qu'une société anonyme à capital variable, pouvait avoir pour objet la fondation d'une église et l'exploitation d'une école. Cass. req., 22 mars 1910 ; *Gazette des Tribunaux* du 30 mars 1910.

référant à Pothier, fait observer que l'on peut mettre en commun ses biens ou son industrie pour en retirer le profit et que ce profit « n'est pas forcément un bénéfice en argent, un enrichissement annuel, mais peut être aussi bien le simple usage des choses (1) ». Remarquons, d'ailleurs, le singulier dont se sert le Code : il dit *le bénéfice*. Le bien moral, la pratique d'une vertu, la satisfaction de tel devoir de la conscience, fruit d'un effort collectif, peuvent bien, nous semble-t-il, constituer un bénéfice idéal, aussi respectable que le gain pécuniaire.

Pourtant un arrêt célèbre nous paraît avoir fait faire un grand pas à la jurisprudence : l'arrêt relatif à l'affaire de l'hospice de Finestret (2). M. Graule avait constitué trois personnes : MM. Sabaté, Echernier et Salvo, légataires universels en les chargeant de fonder une œuvre hospitalière au moyen des revenus de ses biens. Il ajoutait : « Pour assurer la perpétuité de l'œuvre et la distinction entre le patrimoine personnel à chacun de mes héritiers et les biens recueillis dans ma succession, j'invite mes héritiers à former une société civile de longue durée, ayant pour objet de réaliser le but que j'indique et dont l'apport consistera précisément dans les biens recueillis dans ma succession. » Le testament fut attaqué par les héritiers

(1) Planiol, t. II, n° 1943.

(2) Cass., 12 mai 1902, S., 1903, I, 137, et le jugement du tribunal de Prades, en appendice dans la thèse précitée de M. Coquet.

exhérédés, ils obtinrent gain de cause devant le tribunal mais le jugement fut infirmé par la Cour de Montpellier qui tint les dispositions pour valables : l'affaire vint devant la Cour de cassation : l'unique moyen invoqué dans le pourvoi était tiré de la violation des articles 905 et 910 du Code civil. La Cour suprême rejeta le pourvoi : elle validait une fois de plus le legs moral ; elle gardait le silence sur la société civile prévue par le fondateur. Les conclusions très remarquables données par M. le Procureur général Baudouin devant la chambre civile, contiennent des indications précieuses : il y refait l'histoire des fondations ; il montre les conquêtes de la jurisprudence dans le droit privé, et il justifie le principe de la pleine liberté du testateur : « l'œuvre à fonder est licite en soi, elle vaudra comme œuvre privée ; rien ne m'empêche d'établir chez moi un établissement purement privé en dehors de toute immixtion gouvernementale. » Mais il l'abandonne ensuite au régime ordinaire de la propriété. Voilà cependant une première étape franchie : nous sommes en face de la reconnaissance officielle de l'institution privée : l'indignation de MM. Grünebaum-Balin et Levy-Ullmann en est la meilleure preuve (1). Si la jurisprudence admet l'idée d'une fondation « en dehors de toute immixtion gouvernementale », elle ne juge donc pas indispensable le contrôle de l'Etat, instrument réclamé

(1) *Op. cit.*, p. 258.

par nos adversaires. Pour être logique avec elle-même, et persévérante dans sa tendance libérale, elle devra nous accorder la personnalité morale en validant le procédé de la société civile. Elle pourrait aussi donner ce même effort dont bénéficièrent autrefois les associations : avant la loi de 1901, les tribunaux avaient admis que certaines associations avaient une « individualité », ce qui leur conférait les avantages de la personnalité pour la représentation en justice et la passation des contrats. Pourquoi ne pas suivre la même marche progressivement discrète en faveur des fondations.

Par la société civile, ou par l'association, c'est en la jurisprudence que nous mettons notre confiance pour réaliser la fondation libre, pour permettre à l'homme d'accomplir l'acte de propriété individuelle, le plus complet, et le plus noble, en jetant un patrimoine à la base d'un édifice juridique, élevé à la gloire et à la perpétuité d'une idée.

Le Tendron. Décembre 1910.

Vu :
Le Doyen,
CAUWES.

Vu :
Le Président de la Thèse,
ALBERT TISSIER.

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD.

BIBLIOGRAPHIE

- Ande. *Fondations perpétuelles dans l'antiquité*. Thèse Aix, 1895.
- Archambault. *Les libéralités grevées de charges et les fondations pieuses sous l'empire de la loi du 13 avril 1908*. Thèse Paris, 1909.
- Aubry et Rau. *Cours de droit civil français*, 4^e édit. Paris, 1869.
- Audouin. *Dispositions en faveur des personnes incertaines*. Paris, 1890.
- Bartin. *Conditions illicites et impossibles*. Paris, 1887.
- Baudry-Lacantinerie et Colin. *Donations et testaments*.
- Bour. *Personnes capables de recevoir des libéralités en faveur des pauvres*. Thèse Paris, 1899.
- Cazelles. *De l'idée de continuation des personnes comme principe des transmissions universelles*. Thèse Paris, 1905.
- Charmont. *La renaissance du droit naturel*. Montpellier, 1910.
- Chevallier. *La fondation, son rôle social*. Thèse Paris, 1907.
- Clun t. *Les associations au point de vue historique et juridique*. Paris, 1909.
- Coquet. *Les fondations privées dans la jurisprudence*. Poitiers, 1898.
- Dejust. *Les fondations de messes*. Thèse Paris, 1910.
- Demogne. Les droits éventuels. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1905, p. 780.
- Denizart. *Dictionnaire de droit canonique*. V^o Fondation.
- Donnedieu de Vabres.
- Duguit. *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*. Paris, 1908.
- Durand de Maillane. V^o Fondation.
- Escarra. *Les fondations en Angleterre*. Thèse Paris, 1907.
- Fénelon. *Fondations et établissements ecclésiastiques*. Thèse Paris, 1902.
- Geoffre de Lapradelle. *Théorie et pratique des fondations perpétuelles*. Thèse Paris, 1895.
- Grünebaum-Ballin et Lévy-Ullmann. *Essai sur les fondations par testament*. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1904, 234.
- Hubert-Valleroux. *L'Etat et la charité privée. Réforme sociale*, 1889.
- Labourdette. *Mode d'établissement des fondations en droit moderne*. Thèse Bordeaux, 1897.
- Lainé. *Les personnes morales en droit international*.

- Lambert. *La stipulation pour autrui*. Thèse Paris, 1893.
 Lentz. *Dons et legs aux établissements publics*.
 Lory. *Mode d'établissement des fondations*. Thèse Paris, 1888.
 Marcadé. *Les fondations et le problème de la personnalité*, Thèse Paris, 1901.
 Marguerie. *Etude sur les libéralités faites à des établissements non reconnus*. *Revue critique*, 1878.
 Michaud. *Théorie de la personnalité morale*. 2 vol. in-8°.
 Perreau. Examen doctrinal. *Revue critique*, février 1904.
 Picard. *Le Droit pur*. Paris, 1907.
 Pitois. *Legs aux personnes morales*. Thèse Paris, 1890.
 Planiol. *Traité élémentaire de Droit civil*. tome III
 Ravier de Magny. *Contrat de fondation*. Thèse Grenoble, 1894.
 Regnier. *Fondation de messe*. Thèse Lille, 1909.
 Reynaud et Lagrange. *Notes de jurisprudence du Conseil d'Etat*. Melun, 1899.
 Rivet. *Etude théorique et pratique des actions et résolutions*, 1907.
 Roguin. *La règle de droit*.
 Roussel. *La fondation de bienfaisance*. Thèse Lille, 1898.
 Saleilles. *De la personnalité juridique*. Paris, 1910.
 Say. Lettre sur les fondations. *Journal des Economistes*, oct. 1890.
 Taine. *Origines de la France contemporaine*.
 Taudière. *La loi du 13 avril 1900 sur la dévolution des biens ecclésiastiques*. Paris, 1908.
 Tissier (Albert). Nombreuses notes dans Sirey, 1908, 1909 et 1910.
 Tissier (Théodore). *Traité théorique et pratique des dons et legs aux établissements publics et d'utilité publique*. 2 vol. in-8°, 1896.
 Tronquoy. *De la notion juridique internationale de la fondation*. Thèse Paris, 1908.
 Truchy. *Des fondations*. Thèse Paris, 1885.
 Turgot. V^e Fondation dans la *Grande Encyclopédie*.
 Vareilles Sommières (marquis de). *De la personne morale*, Paris, 1902.

Abréviations

- D. Dalloz.
 S. Sirey.
 J. off. *Journal officiel*.
 R. O. D. *Revue d'organisation et de défense religieuse*.
 B. S. E. L. *Bulletin de la Société des Etudes législatives*.
-

TABLE DES MATIÈRES

	Pages.
INTRODUCTION.....	1
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. — ANALYSE DE LA FONDATION.....	3

TITRE I

La thèse de l'autorité.

CHAPITRE I. — HOSTILITÉ CONTRE LA FONDATION.....	7
SECTION I. — <i>Les critiques d'ordre économique</i>	8
SECTION II. — <i>Les critiques d'ordre politique</i>	10
CHAPITRE II. — LA TRADUCTION JURIDIQUE DE L'HOSTILITÉ CONTRE LA FONDATION.....	46
SECTION I. — <i>Critique du système du legs modal à personne physique</i>	19
SECTION II. — <i>La fondation, institution de droit public</i>	24
CHAPITRE III. — CONSÉQUENCES.....	28

TITRE II

Antithèse de la liberté.

CHAPITRE I. — RÉFUTATION DE LA THÈSE DE L'AUTORITÉ.....	33
SECTION I. — <i>Contre les critiques d'ordre économique</i>	33
SECTION II. — <i>Contre les critiques d'ordre politique</i>	37
CHAPITRE II. — CONSTRUCTION.....	42
SECTION I. — <i>Nature de la fondation</i>	42
SECTION II. — <i>La fondation, institution de droit privé</i>	46
SECTION III. — <i>Rôle de la reconnaissance d'utilité publique</i> ...	57
SECTION IV. — <i>L'action en révocation et l'article 900</i>	69
CHAPITRE III. — CONSÉQUENCES QUANT A L'INTERPRÉTATION DE LA LOI DU 13 AVRIL 1908.....	78

TITRE III

La fondation directe.

CHAPITRE I. — LE PROBLÈME DE LA PERSONNALITÉ MORALE.....	96
CHAPITRE II. — VUES LÉGISLATIVES.....	117
CHAPITRE III. — LA FONDATION PAR L'ASSOCIATION ET LA SOCIÉTÉ CIVILE.....	125
BIBLIOGRAPHIE.....	133

